This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 0Z2Q 9

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Neues Archiv

für

Preußisches

Recht und Verfahren

so wie

für Deutsches Privatrecht.

Herausgegeben

von

Justizrath Dr. J. F. J. Sommer

und

Justizrath Boele.

Sechszehnter Jahrgang.

Arnsberg, 1854.

Bei A. L. Ritter.

Digitized by Google

Rec. Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Inhalt

des sechszehnten Jahrgangs.

I. Durch den §. 2 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850. sind diejenigen Erbpachten, die auf gewisse Grade und Generationen oder Leiber eingeräumt waren, nicht in Eigenthum der Besitzer verwandelt, sondern rechtlich Zeitpachten geblieben. (№ XV. S. 439. ff.) Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer**. 1

II. Im Herzogthum Westfalen, überhaupt im frühern Erzstift Cöln, bedarf es allerdings des väterlichen Consenses zur Eingehung eines Verlöbnisses. Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer**. 2

III. Vergleichende Uebersicht des heutigen Römischen und Preußischen gemeinen Privatrechts von C. C. Hiersemenzel. Recension von Herrn Rechts-Anwalt **Schlüter** in Heiligenstadt. 3

IV. Nach der Nassau-Oranischen Landesordnung haftet die Frau, welche ihrem Manne in dem Ladengeschäfte durch Verkaufen von Waaren und Einnehmen von Geldern an die Hand geht, dem Handlungsgläubiger mit ihrem Vermögen solidarisch. Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer**. . 31

V. 1. Eine mit ihrem Manne in der Oranien-Nassauischen Güter-Gemeinschaft lebende Ehefrau, welche mit ihrem Manne zu offenem Kram und Laden sitzt, ist nicht berechtigt, den ganzen Waarenvorrath durch einen einzigen Akt auf einen Dritten zu übertragen. (Or. Nass. Landes-Ordnung Thl. I. Kapitel 15. §. 14. Thl. IV. Kap. 10. §. 2. N. Archiv IV., 303.)

2. Wenn eine in Folge des Ges. vom 4. Juli 1822. dem Gläubiger assignirte Forderung vor eröffneten Concurse noch nicht bezahlt ist, fällt sie der Concurs-Masse zu; die Assignation selbst ist aber nicht ungültig, sondern gibt das Recht der fünften Classe im Concurse. (A. G. O. I., 50. §. 40. Gesetz vom 4. Juli 1822. Verordnung vom 4. März 1836 §. 15.)

3. Die vom Executions-Richter geschehene Ueberweisung einer Forderung des Schuldners in vim cessionis erlangt ihre Wirksamkeit sofort, und nicht erst vom Tag der Insinuation. (Ges. v. 4. Juli 1822. §. 6. A. L. R. Thl. I. Tit. II. §. 393.) Rechtsfall, mitgeth. v. **Sommer**. 46

Digitized by Google

VI. Ein von einer Gemeindeversammlung gefaßter Beschluß kann von der Gemeinde nicht darum, weil der Vorsteher mit dem, der aus dem Beschluß Rechte erlangt, nahe verwandt gewesen, angefochten werden, sondern die Gemeinde kann sich dieserhalb nur an ihren Vorsteher halten. Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer**. 56

VII. Kann der Verwundete erst dann Ersatz der Curkosten verlangen, wenn er sie dem Arzte u. s. w. bezahlt hat? Erörterung von **Westph. Erem**. 63

VIII. Kann der Käufer, wenn zwischen dem Verkäufer und dem Inhaber der Sache darüber ein Prozeß besteht, im Laufe des Prozesses wider den Willen des Letztern sub titulo cessionis an die Stelle seines Auctors treten und den Prozeß fortsetzen? Erörterung von Herrn Rechtsanwalt **Esleben** zu Olpe. 66

IX. Kann, wenn unter der Herrschaft des für die Provinz Westphalen erlassenen bäuerlichen Successions-Gesetzes vom 13. Juli 1836 die nach §. 5 desselben vorzunehmende Erbtheilung und Zutheilung des Guts an einen Anerben noch nicht erfolgt war, nach Publikation der Verordnung vom 18. Dez. 1848. und Gesetz v. 13. Nov. 1849 gegen den Widerspruch der Miterben noch ein Anerbenrecht anerkannt, dem nach dem Ges. v. 13. Juli 1836. Berufenen zugestanden werden? Rechtsfall, mitgeth. v. **Sommer**. 71

X. Die Bestimmung des §. 660. A. L. R. I., 9. daß, wenn die Grenzen einer Sache oder eines Rechts durch Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmt sind, die Befugniß, diese Grenze zu überschreiten, nur durch fünfzigjährige Präscription erworben werden könne und die Satzung des §. 663. daselbst, daß auch ein fünfzigjähriger Besitz den nicht schütze, welcher der Unredlichkeit dabei überführt werden könne, hindert den Erben des Kontrahenten nicht, wenn er selbst nicht in bösem Glauben ist, die Verjährung gegen jene Bestimmung der Grenzen einer Sache oder eines Rechts anzufangen. Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer**. 79

XI. Bei der Verpflichtung der Gemeinde, in welcher Dienstboten, Handwerksgesellen ꝛc. in einem festen Dienstverhältniß erkranken, diese bis zu ihrer Wiederherstellung zu verpflegen, kommt es nicht darauf an, ob der Kranke hergestellt werde. Rechtsfall, mitgetheilt von Herrn Rechtsanwalt **Scheele** in Lippstadt. 83

XII. Bedarf nach gemeinem deutschen Rechte das Anerkenntniß des Vaters, daß die väterliche Gewalt über den Sohn aufgehoben sei, der Form der gerichtlichen Emancipation und inwiefern besteht die römische juristische Personen-Ein-

Digitized by Google

heit zwischen Vater und Kindern auch nach deutschem Rechte? Rechtsf., mitgeth. u. erörtert v. **Sommer.** 90

XIII. Nach der Gütergemeinschaft der Oranien-Nassauischen Landes-Ordnung reicht zum Begriffe der Erkoberung der Umstand allein, daß die Erwerbung in stehender Ehe erfolgt war, keineswegs aus, vielmehr ist dazu erfordert, daß a) in stehender Ehe und zwar durch Aufwendung, sei es der gemeinschaftlichen oder der Kräfte Eines der Ehegatten etwas ganz Neues vorher noch nicht Vorhandenes, auch nicht blos an die Stelle eines schon vorhanden gewesenen Gegenstandes Tretendes erworben worden, außerdem aber b) zum erkoberten Gute, abgesehen von ausdrücklicher Uebereinkunft nur die Ersparungen und Ueberschüsse der Revenüen oder des Gewerbebetriebs beider Eheleute zu rechnen sind. Es muß daher c) wenn schon vor eingegangener Ehe für den einen Ehegatten ein Recht auf einen gewissen Gegenstand zur Sache entstanden war, diese Sache Eigenthum dieses Ehegatten bleiben, und kann nicht zum erkoberten Gute gerechnet werden, wenn auch der wirkliche eigenthümliche Erwerb erst in stehender Ehe erfolgt, es wäre dann, daß zur Erlangung dieses Eigenthums noch besondere Leistungen und Anforderungen erforderlich gewesen wären, dergestalt, daß der Erwerb des Rechts als ein erst in der Ehe selbst entstandener angesehen werden könnte. Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer.** 98

XIV. In Hohenzollern-Sigmaringen sind durch die Fürstliche Proclamation vom 14. März 1848 nicht die fixirten Landgarben erlassen, sondern nur die jährlich vom Rohertrage ausgehobenen Landgarben. Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer.** 115

XV. Der nach geschehener Zahlung einer Abfindungssumme, also gegen Entgelt geschehene Verzicht auf fernere Ansprüche an einem Nachlaß ist nicht als Erbschaftskauf anzusehen. Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer.** 118

XVI. Damit in dem Streite zwischen mehreren Armenverbänden der Rechtsweg zulässig werde, genügt nicht, daß die Bezirks-Regierung auf einseitige Beschwerden der im Verwaltungswege herangezogenen Gemeinde abschlägige Verfügungen erlasse, sondern es ist eine vorherige förmliche administrativ Entscheidung der Regierung über den Streit der verschiedenen Armenverbände erforderlich. Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer.** 121

XVII. 1. Für die Fälle vor dem Ges. v. 31. Dez. 1842. hat

Digitized by Google

das Gesinde sein gesetzliches Domizil am Orte des Dienstes. 2. Ob eine in den Landen des französischen Rechts durch die Schwängerung nicht begründete, weil nicht anerkannte Verbindlichkeit zur Alimentation des unehelichen Kindes gegen den unehelichen Vater eintritt, indem er unter Gesetzgebung, wo jener Grundsatz nicht gilt, den Wohnsitz aufschlägt, und von diesem Zeitpunkte an? . . . 124

XVIII. Die Gerichtsverfassung und der Civil-Prozeß in Preußen nach ihren Entwickelungs-Perioden bis auf die jüngste Zeit. — Zum Gebrauche für praktische Juristen von Joseph Evelt, Königl. Preuß. Kreisgerichts-Direktor. Dritte, völlig umgearbeitete Auflage. Arnsberg, A. L. Ritter'sche Buchhandlung 1852. 8. S. X. 472. Preis 1 Thlr. 12½ Sgr. Recension von **Sommer**. . . . 130

XIX. I. Finden die §§. 521. 522. A. G. O. I. 50. für den Fall, wo ein Gläubiger mit Einem Kapitale auf mehrere Grundstücke zugleich eingetragen ist, und es sich um das Verhältniß handelt, nach welchem der Gläubiger auf die Kaufgelder eines jeden derselben angewiesen werden soll, aufgestellten Grundsätze auch bei der Kaufgelder-Vertheilung außer dem Koncurse Statt?
II. Kann der auf mehrere Grundstücke mit mehreren Hypotheken eingetragene Gläubiger nach der Subhastation einzelner jener verpfändeten Grundstücke, die er selbst erstanden hat, im Kaufgelderbelegungs-Termin auf die Realisirung seiner ersten Hypothek aus den subhastirten Grundstücken verzichten, sich für seine zweite Hypothek daraus befriedigt erklären, und nun mit der ersten Hypothek, welche sonst durch jene Kaufgelder gedeckt gewesen wäre, die Hypothekarklage gegen die Besitzer dafür mit verpfändeter, noch nicht subhastirter Grundstücke anstellen? Oder aber
III. Kann der Gläubiger, dem mehrere Grundstücke hypothekarisch verhaftet sind, seiner Seits wohl das eine oder das andere aus dem Pfandverbande entlassen, ohne daß aber dadurch das den übrigen correis durch die Eintragung erworbene Recht auf Ausgleichung genommen werden könnte, so daß also auf Grund der Erklärung des Eigenthümers nicht anders gelöscht werden kann, als wenn auch der Besitzer und die übrigen Real correi damit einverstanden sind? Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer**. . 133

XX. Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert durch Goltdammer, Königlichen Kammergerichts-Rath. Recension v. **Sommer**. 154

Digitized by Google

XXI. Ergänzungen des Strafgesetzbuches oder Sammlung und Nachweisung der neben dem Strafgesetzbuche vom 14. Apl. 1851. geltenden und in Beziehung zu demselben stehenden strafrechtlichen Gesetze und Verordnungen. Mit chronologischen und alphabetischen Registern, herausgegeben von einem praktischen Juristen. Recension von **Sommer**. 155

XXII. Die Rechte des Eigenthümers in Ansehung der auf seinem Grundstücke eingetragenen, bereits gezahlten, aber noch nicht gelöschten Hypotheken-Forderungen. Erläutert durch einen Rechtsfall, von G. v. Hellermann, Justiz-Rath. Recension von **Sommer**. 156

XXIII. Die Protestationen im Hypothekenbuche nach Preuß. Recht. Mit einem Anhang: Ueber die Wirkungen des Arrestes unter mehreren Gläubigern. Bearbeitet von E. Ditmar, Kreisrichter. Recension von **Sommer**. . 159

XXIV. Deutschlands Rechtspflege, wie sie ist und sein sollte. Mit besonderer Beziehung auf die französische Justizverfassung und die preußische Gesetzrevision. Recension von **Sommer**. 161

XXV. Der Käufer, dem keine Tradition geschehen, wird zur Vindicationsklage gegen den dritten Besitzer 1. nicht durch die Kaufurkunde an sich, wohl aber 2. durch Cession der Vindicationsklage legitimirt. Rechtsfall, mitgetheilt von **Sommer**. 164

XXVI. 1. Nach gemeinem Recht kann ein testamentum parentum inter liberos mündlich vor zwei Zeugen gültig errichtet werden.
2. Der Inhalt eines solchergestalt errichteten Testaments kann durch eine öffentliche Urkunde vollständig nachgewiesen werden; der eidlichen Vernehmung der bei Errichtung des Testaments gegenwärtig gewesenen Zeugen bedarf es alsdann nicht. Mitgetheilt von einem **Praktiker**. . 169

XXVII. I. Unter den Eigenthümern mehrerer für dieselbe Schuld solidarisch verpfändeter Sachen besteht keine communio, welche die Theilnehmer unter einander verpflichtet, zur gemeinschaftlichen Befriedigung d. Gläubigers zu kontribuiren.
II. Für dasjenige, was aus dem Vermögen des einen Pfandeigenthümers zur Befriedigung des Gläubigers hergegeben ist, kann nicht quasi ex contractu von den übrigen Pfandeigenthümern pro rata Vergütung gefordert werden.
III. Der Pfandeigenthümer, welcher die mit einem Soli-

Digitized by Google

dar-Pfandrecht versehene Forderung durch Cession erworben, und seine eigenen Sachen liberirt hat, ist in der Geltendmachung des Pfandrechts an den übrigen verpfändeten Sachen nicht beschränkt. Vom Herrn Appellationsgerichtsrath **Rolloff** in Marienwerder. 178

XXVIII. Durch die Emantipation der Juden in Folge des Gesetzes vom 23. Juli 1847, Gesetz vom 8. April 1848. und §. 12. der Verfassung vom 31. Januar 1850. sind die besonderen auf den Ritualgesetzen beruhenden Erbrechte der Preußischen Juden aufgehoben. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. 199

XXIX. Ueber das Verfahren, welches der Hypotheken-Richter bei ungehörigen Eintragungen ins Hypothekenbuch zu beobachten hat. Erörterung von Hrn. Kreisgerichts-Rath Möbius zu Oppeln 213

XXX. Ist einmal ein Wechsel zur Zahlung präsentirt und nicht honorirt, nicht aber ein Protest aufgenommen, so kann dies nicht durch eine neue Vorzeigung mit Protest-Erhebung im Laufe der zweijährigen Frist nachgeholt werden. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. 220

XXXI. Das Recht auf einen Fußpfad in einer Flur von Privatgrundstücken kann nicht von der Gemeinde klagend verfolgt, sondern nur von der Polizeibehörde geschützt werden. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. . . 223

XXXII. Wenn ein Executor die Auspfändung der Mobilien des Schuldners versäumt und diese nun verbracht worden, kann jener der Regreßklage des Extrahenten nicht entgegensetzen, daß der Gläubiger erst alle gesetzlichen Executionsgrade, namentlich der eidlichen Vermögens-Manifestation und eventuell des Personal-Arrestes, versuchen müsse. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. 228

XXXIII. Ist der Käufer, wenn von der Uebergabe Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten zum Vorschein kommen, schuldig, die Uebergabe anzunehmen und einen verhältnißmäßigen Theil d. Kaufpreises gerichtlich niederzulegen? Rechtsfall und Erörterung von Sommer. . . . 233

XXXIV. Die Frau muß ihrem nach Amerika ausgewanderten Manne folgen, kann eine Ernährung in der Heimath nicht fordern. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. . 239

XXXV. Die Bestimmung des §. 10. der Verordnung vom 11. März 1850, über die Verhütung eines die gesetzliche

Digitized by Google

Freiheit und Ordnung gefährdenden Mißbrauchs des Versammlungs- und Vereinigungsrechtes: daß kirchliche Prozessionen, Wallfahrten und Bittgänge, wenn sie in der hergebrachten Art Statt finden, einer vorgängigen Genehmigung und selbst einer Anzeige nicht bedürfen — bebehalten in ihrer Anwendung auf Katholiken nur die bei der katholischen Kirche überhaupt hergebrachte Weise solcher Prozessionen u. s. w. Rechtsfall, mitg. v. Sommer. . 242

XXXVI. Bei Feststellung der Pension eines nicht wieder gewählten Burgermeisters ist die durchschnittliche Einnahme einer nach Erlöschen des Burgermeister-Amt erlangten Rechts-Anwalt-Stelle in Anrechnung zu bringen. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. 244

XXXVII. Kann eine mit ihrem Manne in der im Hochstift Münster geltenden allgemeinen Gütergemeinschaft lebende Ehefrau ohne Beitritt ihres Mannes gültig in Prozessen über das gemeinschaftliche Vermögen auftreten? Erörterung von Hrn. Rechts-Anwalt Schlüter in Heiligenstadt. 251

XXXVIII. Welche Alimentenpreis-Verhältnisse entscheiden bei einer Verschiedenheit des Orts der Schwängerung und Geburt? Rechtsfall mit Bemerkungen von Herrn Rechts-Anwalt Schlüter in Heiligenstadt. 254

IXL. Kann ein Kommissionär, der ein Geschäft zwischen Zweien nach ihren Wünschen vermittelt, von beiden die bedungenen Belohnungen fordern? Rechtsfall, mitgetheilt von Herrn Rechts-Anwalt Schlüter in Heiligenstadt. . . . 261

XL. Wechselseitige Hütungsrechte in einer Gemeindeflur können nicht durch Gewohnheit oder Herkommen, sondern nur durch Verjährung erworben werden. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. 266

XLI. Können nach gemeinem Rechte uneheliche Kinder neben ehelichen auf mehr als ein Zwölftes des Nachlasses vom Vater eingesetzt werden? Rechtsfall und Erörterung von Sommer. 274

XLII. Kritische Blätter civilistischen Inhalts. In zwanglosen Heften von Dr. Alois Brinz, außerordentlichem Professor der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen. Nr. 1. S. 44. Nr. 2. S. 42. Erlangen 1852. Verlag von Ferdinand Enke. Preis pro Heft 8 Sgr. Recension von Sommer. 281

XLIII. Die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich,

Digitized by Google

von Ludwig Frey. Erlangen, Verlag von Ferdinand Enke. 1852. S. XIII 236. Preis 1 Thlr. 2 Sgr. Recension von Sommer. 286

XLIV. Lehrbuch der Pandekten von Dr. Ludwig Arndts, ordent. Professor an der K. B. Ludwigs-Universität. Dritte Abtheilung, das dritte Buch enthaltend. München, Verlag der literarisch-artistischen Anstalt der J. G. Cotta'schen Buchhandlung. 1852. gr. 8. Seite 295 — 928. Preis 2 Thlr. 12 Sgr. Recension von Sommer. . . 289

XLV. Theoretisch practisches Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. Mit Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen des In- und Auslandes und des Verfahrens bei Schwurgerichten, für Aerzte und Juristen bearbeitet von Dr. J. H. Schürmayer. Recension von Sommer. 291

XLVI. Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte. Von Berthold Delbrück, Kreisrichter zu Bergen auf Rügen. Berlin, Ferdinand Dümmlers Buchhandlung (W. Grube) 1853. gr. 8. S. IV. 133. Preis 22½ Sgr. Recension von Sommer. . . 295

XLVII. I. Kann die Bestimmung des Allg. Landrechts Th. II. Tit. 2. §. 216. 217., daß, wenn der Vater nach zurückgelegtem 20sten Jahre des Sohns seinen Willen, den Sohn der väterlichen Gewalt zu entlassen, bei dem vormundschaftlichen Gerichte verlautbart, dieses zugleich alle Wirkungen einer Majorennitäts-Erklärung habe, 1) auch dort, wo die 3 ersten Titel des IIten Theils A. L. R. suspendirt sind, als zum nicht suspendirten Vormundschaftsrecht (A. L. R. II, 18. 215 217.) gehörig, in Anwendung gebracht werden, und ist 2) die desfallsige vom Vater in einem gerichtlichen Testamente abgegebene Erklärung als der gesetzlich vorgeschriebenen Verlautbarung bei dem vormundschaftlichen Gerichte, wenn dieses mit dem das Testament aufnehmenden Gerichte dasselbe ist, gleichstehend anzusehen?

II. Geht die Bestimmung des A. L. R. I, 20. §. 423—426., daß, wenn ein Dritter auf eine Forderung, gegen deren Gültigkeit dem Schuldner Einwendungen zustehen, nach deren Eintragung durch einen lästigen Vertrag ein Recht erworben hat, der Schuldner gegen diesen Dritten von solchen Einwendungen, die er ihm vorher nicht kund gethan, noch binnen 4 Wochen nach der Eintragung im Hypothekenbuche vermerken lassen, keinen Gebrauch machen könne, auch auf die Einrede der dem Besitzer fehlenden Großjährigkeit? Rechtsfall, mitgeth. v. Sommer. 320

Digitized by Google

XLVII. Was sind unmittelbare Gegenleistungen im Sinne des Gesetzes vom 2. März 1850? sind namentlich Holzabgaben, welche der Erbverpächter dem Erbpächter nach Inhalt des Erbleihbriefes zu leisten hatte, aufgehoben? Mitgetheilt von H. Rechtsanwalt Lindemann zu Wetzlar . . 339

XLIX. Ist ein expedirender Postbeamter schon darum für die Spoliation eines Geldbriefes verantwortlich, weil er das Geldpaket, in welchem der Geldbrief abgesandt worden, nicht selbst emballirt und verschnürt hat, dieses Geschäft vielmehr durch einen Unterbeamten verrichten lassen? Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. 347

L. Welche Strafe trifft den, welcher schon im Umlaufe befindliches falsches Geld wissentlich an sich bringt und ausgibt? Mittheilung von Hrn. Rechtsanwalt Dr. Mayer in Hechingen. 351

LI. 1) Eine durch die kompetente Staatsbehörde für den öffentlichen Elementar-Unterricht eingerichtete, mit einem Vorstande versehene Schulsocietät oder Schulgemeinde hat als solche die Eigenschaft einer Korporation.
2) Unter einer fremden zugeschlagenen Gemeinde, welche gesetzlich zur Unterhaltung der Schulgebäude nur halb so viel, als ein Einwohner von gleicher Klasse an dem Orte, wo die Schule befindlich ist, beitragen soll, ist nicht jede, außer dem Schulorte befindliche Gemeinde, sondern eine bisher für sich bestehende, nun aber zugeschlagene Schulgemeinde zu verstehen.
3) Der §. 35. A. L. R. II. 12. bezieht sich nicht blos auf die Unterhaltung, sondern auch auf den Neubau.
Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. 353

LII. Ueber §. 38. I. 13. A. G. O. und die Rechtskraft der Urtelsgründe von Dr. jur. Förster, Kreisrichter in Löwenberg in Schlesien. 370

LIII. Die Spolienklage als Schutzmittel persönlicher Rechte. Rechtsfall nebst Kritik, mitgetheilt von Herrn Justizrath Reinhard in Ehrenbreitstein 385

LIV. Wenn im Minden-Ravensbergschen während der Geltung des III. Gesetzes vom 21. April 1825 §. 37. und der Deklaration vom 24. November 1833 ein Brautschatz von einer früher eigenbehörigen Stätte mit der Bestimmung, daß es zur Zeit der Großjährigkeit oder früheren Verheirathung zu entrichten, regulirt worden, und der Berechtigte vor Eintritt dieser Perioden verstirbt, so vererbt er nicht

Digitized by Google

sein Recht auf den zur Zeit seiner Großjährigkeit zu entrichtenden Brautschatz auf seine Erben. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. 394

LV. In den ehemals zum Herzogthum Nassau gehörigen Landestheilen kann auch für durch onerosen Vertrag erworbene Steuerbefreiungen keine Entschädigung beansprucht werden. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. 399

LVI. Der Preußische Strafprozeß nach den positiven Gesetzen und den legislativischen Quellen, unter Anführung sämmtlicher ergänzenden Gesetze, Verordnungen, Ministerialverfügungen und Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals, dargestellt und erläutert von A. Franz. Recension von Sommer. 404

LVII. Holzdiebstahl und Holzberechtigung, nach den gesetzlichen Bestimmungen für Polizeirichter, Polizeianwalte, Forstbeamte, Waldeigenthümer und Holzberechtigte. Dargestellt und erläutert von A. Franz. Recens. v. Sommer. 406

LVIII. 1. Wenn ein Winterhuderecht durch Verwandlung des dienenden Grundstücks (Weidekamp) in Ackerland vereitelt wird, kann der Weideberechtigte, welcher zugleich in der Flur auf den Ackergrundstücken, wenn sie fruchtbar sind, die Sommerhude hat, diese des Sommers auf dem in Ackerland verwandelten, mit Früchten nicht bestellten Weidekampe nicht ausüben, sondern kann nur Entschädigung oder Ablöse fordern. 2. Wo keine Schäfereigerechtigkeit im Sinne des allgem. Landr. Th. I. Tit. 22. §. 146 ff. besteht, kann keine Schafhuderechts-Verjährung gegen die ganze Flur Statt finden, sondern es können nur eben so viele einzelne, von einander unabhängige Servitutberechtigungen vorkommen, als vorhanden sein würden, wenn auf der einen Seite viele Berechtigte, und auf der andern viele belastete Grundstückbesitzer vorhanden wären. Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. 408

LIX. Sind die von den Spezial-Commissarien im Auslande aufgenommenen Verhandlungen als gerichtliche oder öffentliche Dokumente anzusehen? Mitgetheilt von Herrn Regierungs-Assessor Herdinck in Eisleben. . . . 412

LX. 1. Wenn der Lotterie-Einnehmer die Einsatz-Ausstände von seinem nachher in Concurs gerathenen Unter-Einnehmer überlassenen Loosen einzieht, macht er sich gegen dessen Concurs-Masse nicht ersatzpflichtig, obgleich
2. übrigens das Verhältniß vom Einnehmer zum Unter-

Digitized by Google

Einnehmer nach den Grundsätzen des Trödel-Contracts zu beurtheilen ist. Rechtsfall, mitgetheilt v. Sommer. 417

LXI. Ueber die Anwendung des §. 184. des Strafgesetzbuchs bei verheimlichter Schwangerschaft oder Niederkunft und hülfloser Geburt, in deren Folge der Tod des neugebornen Kindes eingetreten ist. Mitgetheilt von Herrn Staats-Anwalt Hüttemann in Siegen. 420

LXII. Die Staatsanwaltschaft hat das Recht, auch im Interesse des Angeklagten Rechtsmittel einzulegen. Mitgetheilt von Hrn. Staats-Anwalt Hüttemann in Siegen. . 438

LXIII. Die Beamten-Collegien, (insbesondere die Schöffengerichte des Ostrheins) auf dem Gebiete des Privatrechts. Mitgetheilt von Hrn. Justizrath Reinhard in Ehrenbreitstein. 445

LXIV. Der Gläubiger-Ausschuß ist nach Würtemberg'schen Gesetzen nicht befugt, auf Ansprüche der Concursmasse zu Gunsten des Cridars zu verzichten. Rechtsfall, mitgeth. von Sommer. 451

LXV. 1. Nach gemeinem Rechte ist es nicht verboten, unmittelbar auf die Grenze an das Gebäude des Nachbars zu bauen, selbst dann nicht, wenn das nachbarliche Gebäude ein öffentliches ist.
2. Kann der Königliche Justizfiscus sich in Civilprozessen durch die Staatsanwaltschaft vertreten lassen? Rechtsfall und Erörterung von Herrn Rechts-Anwalt Tilmann zu Wetzlar. 453

LXVI. Memoranda der gerichtlichen Medizin, mit besonderer Berücksichtigung der neuesten Deutschen, Preußischen und Rheinischen Gesetzgebung, als Leitfaden zu seinen Vorlesungen und zum Gebrauche für Aerzte und Juristen bearbeitet von F. W. Böcker. Recension v. Sommer. 462

LXVII. Ueber die Wiedereinführung der Prügelstrafe und die Züchtigung des Gesindes. Mit Rücksicht auf die Anträge der provinzialständischen Versammlung der Provinz Preußen. Von H. M. M. Pape. Recens. v. Sommer. 464

LXVIII. Wirkungskreis des Strafgesetzes, nach Zeit, Raum, und Personen, besonders von der Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen, vom Asylrecht und von der Auslieferung der Verbrecher, von der Rückwirkung der Strafgesetze und vom Rechtsirrthum. Von Dr. Albert Friedrich Benner. Recension von Sommer. 466

Digitized by Google

LXIX. Ueber Haft und Bürgschaft bei den Angelsachsen. Vorstudie einer Geschichte des Habeas Corpus Rechts von Dr. Heinrich Marquardsen. Recens. v. Sommer. 480

LXX. Das Zürcher'sche Schuldbeitreibungsgesetz vom 1. April 1851. — Mit Erläuterungen unter vorzüglicher Berücksichtigung der gerichtlichen Praxis. Herausgegeben von J. H. Gwalter. Recension von Sommer. . . 481

LXXI. Juristische Zeitläufte. 484

LXXII. Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Dr. L. Arndts, Dr. J. C. Bluntschli und Dr. J. Pözl. Recension von Sommer. 488

LXXIII. 1. Im Herzogthum Westphalen war vor Einführung der Landgemeinde-Ordnung vom 31. Oct. 1841 die Regierungs-Genehmigung zu Beschlüssen der Gemeindevertretung, welche der Gemeinde Verpflichtungen, die ihr sonst nicht oblagen, auferlegten, erforderlich.
2. Die Annahme, der Regierung von der Gemeinde gemachter, Anerbieten durch die Abtheilung des Innern der Regierung kann nicht zugleich als obervormundschaftliche Genehmigung des betreffenden Gemeindebeschlusses angesehen werden. Rechtsf. mitgeth. v. Sommer. 493

LXXIV. Ueber die Befreiung periodischer Druckschriften von der Kautionsbestellung nach §. 17 des Gesetzes über die Presse vom 12. Mai 1851, ob nämlich die §. 17 bewilligte Cautionsfreiheit auch solchen Blättern zu gut komme, welche für Familien-Nachrichten, Bekanntmachungen u. s. w., und zugleich für reinwissenschaftliche, technische oder gewerbliche Gegenstände bestimmt sind. Zwei Rechtsfälle, mitgetheilt von Herrn Appellationsgerichts-Rath Pape zu Insterburg. 505

LXXV. Einige Bemerkungen in Betreff der Frage:
„Kann Derjenige, welcher für eine Forderung zwei Grundstücke verpfändet hat, entweder im Einverständnisse mit den Gläubigern, oder nachdem letztere befriedigt, die Post auf dem einen Grundstücke löschen lassen und auf dem Andern aufrecht erhalten, ohne daß den nachstehenden Gläubigern des einen oder des andern Guts ein Widerspruchsrecht zusteht?" Mitgetheilt von C. F. Pape, Kreisgerichtsrath a. D. in Memel. 525

LXXVI. Wenn der Appellations-Richter die Erhebung eines Eides dem erster Instanz-Richter aufträgt, kann die Re-

Digitized by Google

stitution gegen Versäumung des Schwurtermins gültig nur beim Appellationsrichter im Lauf der gesetzlichen 10tägigen Frist nachgesucht werden, Rechtsfall, mitgeth. von Sommer. 537

LXXVII. Zur Entschädigung für aufgehobene Fähr-Gerechtigkeiten in Folge der Verordnung vom 16. Juni 1838 ist nicht erforderlich, daß der Tarif vom Landesherrn selbst vollzogen, auch nicht, daß er als ein unabänderlicher ausdrücklich verliehen werden. (A. L. R. II, 15. §. 94 — 96). Rechtsfall, mitgetheilt von Sommer. . . 541

LXXVIII. 1. Zur Gestattung der Rittergutsqualität ist ein Naturalreinertrag von tausend Thlr. hinreichend.
2. Ueber die Löschung eines Ritterguts in der Matrikel ist der Rechtsweg zwar ausgeschlossen, wenn aber auf Gewährung der Rittergutsqualität geklagt wird, ist der erkennende Richter die Rechtmäßigkeit der Löschung zu prüfen verpflichtet.
3. Findet er die Löschung als zur Ungebühr erfolgt, so ist Kläger abzuweisen. Mitgetheilt von einem Praktiker. 547

LXXIX. 1. Wenn mehrere Mitverklagte jeder auf einen bestimmten Theil einer Verpflichtung belangt, und in erster Instanz von der Klage entbunden sind, kann in zweiter Instanz der Klagantrag auf das Ganze gegen den einen Mitverklagten erweitert werden.
2. Unter dem im Herzogthum Westphalen provisorisch zum Kirchenbau verpflichteten Decimator majoris totius parochiae ist auch ein solcher zu verstehen, der nur aus einigen Grundstücken des Kirchspiels Zehnten zu beziehen hat, während die übrigen Grundstücke nicht zehntpflichtig sind. (Ordinatio Clementina de 28. August 1715.)
3) Auch die Verwandlung eines Zug-Zehntens in einen Sackzehnten ändert nichts an der Kirchenbau-Verpflichtung des Zehntherrn. Rechtsfall, mitgeth. v. Sommer. 555

LXXX. Nach der Oranien-Nassauischen Gütergemeinschaft hört 1. mit der zweiten Ehe des überlebenden Gatten die Befugniß desselben, in den Gütern unverdrungen sitzen zu bleiben, auf, es tritt eine Theilung der Verlassenschaft ein, und der den Kindern eigenthümlich zufallende Theil bleibt nur dem Nießbrauchrecht der Mutter respective des Vaters unterworfen. 2. Der überlebende Ehegatte ist nicht verpflichtet, bevor eine Theilung eintritt, alle von dem Verstorbenen sowohl, als während der Ehe kontrahirte Schulden zu bezahlen. 3. Die vom überlebenden Gatten gesche-

Digitized by Google

hene Schuldenzahlung ist nicht für eine Melioration zu achten, wodurch eine immerwährende Verbesserung herbeigeführt wird, und für welche der überlebende Gatte erst nach Beendigung des Nießbrauchs Vergütung zu fordern berechtigt wäre. Rechtsfall, mitgeth. v. Sommer. 569

LXXXI. Uneheliche Kinder können neben ehelichen auf nicht mehr als ein Zwölftel von ihrem Vater zu Erben eingesetzt werden. Entscheidung, mitgetheilt von Herrn Rechts-Anwalt Scheele in Lippstadt. 579

LXXXII. Wann muß die Erklärung über die Annahme oder Zurückschiebung eines Eides erfolgen? Mitgetheilt von einem Praktiker. 589

LXXXIII. Ueber die sogenannte Verjährung der Litispendenz. Abhandlung von Herrn Regierungs-Assessor Herdinck zu Eisleben. 596

LXXXIV. 1. Eigenthümerin des zu einer katholischen Pfarrei gehörigen Kirchengutes ist nicht die katholische Kirche im Großen, sondern die kirchliche Gemeinde, und der Bischof zu dessen Verfolgung legitimirt, wenn kein Pfarrer vorhanden ist.

2. Die Schule hat dagegen der Bischof nicht zu vertreten. 3. Die Vornahme von Taufen, Copulationen und Beerdigungen in einer Klosterkirche sind für sich allein Beweis, daß mit dem Kloster eine Pfarrei verbunden sei.

4. Wenn der zu einer fortlaufenden Prästation Berechtigte während der Verjährungszeit vom Verpflichteten diese Prästation nicht anders als precario geleistet erhält, so steht ihm ungeachtet der geschehenen Leistung die Einrede der Verjährung entgegen. Rechtsfall, mitgetheilt von Herrn Rechtsanwalt Tilmann zu Wetzlar. 606

LXXXV. Die Verfassung und Verwaltung des Preußischen Staates. Herausgegeben von Ludwig von Rönne, Kammer-Gerichts-Rath. — Die Landes-Kultur-Gesetzgebung des Preußischen Staates; eine systematisch geordnete Sammlung aller auf dieselbe Bezug habenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere der in der Gesetz-Sammlug für die Preußischen Staaten, in den von Kamptzschen Annalen für die innere Staatsverwaltung, in den von Kamptzschen Jahrbüchern für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, und in deren Fortsetzungen durch die Ministerial-Blätter, sowie in anderen Quellen-Sammlungen, enthaltenen Verordnungen und Reskripte, in ihrem

Digitized by Google

organischen Zusammenhange mit der früheren Gesetzgebung, nebst einem historisch-kritischen und praktischen Kommentar über die betreffenden Gesetze, herausgegeben von Adolph Lette, Präsidenten des Revisions-Kollegiums für Landes-Kultur-Sachen und Ludwig v. Rönne, Kammergerichts-Rath.

Erster Band, enthaltend die Sammlungen der Verordnungen und Reskripte. Lieferung I. und II. Bogen 1—25. 1854. Zweiter Band, enthaltend den Kommentar. Lieferung I. und II. Bogen 1—65. (Berlin bei Veit und Comp.) Preis: 6 Rthlr. Recension von Sommer. 627

LXXXVI. Einige Bemerkungen in Betreff des §. 52. Anhanges zum §. 484. Th. I. Tit. 16. A. L. R. Abhandlung von Herrn Kreisgerichts-Rath a. D. C. F. Pape in Memel. 629

LXXXVII. 1. System des deutschen Privat-Rechts von Carl Friedrich Gerber. Vierte verbesserte Auflage. Jena, Druck und Verlag von Friedrich Mauke. 1853. 8. S. XXXVI. 634. Preis: 3 Thlr. 18 Sgr.

2. Deutsches Privatrecht von Dr. Bluntschli, ord. Professor der k. b. Ludwig-Maximilians-Universität. Erster Band. Preis: 2 Thaler. München, literarisch-artistische Anstalt 1853. 8. S. XXVIII. 520. Zweiter Band. 1854. S. VIII. 487. Preis: 1 Thlr. 20 Sgr. Recension von Sommer. 659

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Durch den §. 2 des Ablösungsgesetzes v. 2. März 1850. sind diejenigen Erbpachten, die auf gewisse Grade und Generationen oder Leiber eingeräumt waren, nicht in Eigenthum der Besitzer verwandelt, sondern rechtlich Zeitpachten geblieben. (A. A. XV. S. 439. ff.)

Rechtsfall,
mitgetheilt
von
Sommer.

Im vorigen (XV.) Bande, S. 439. haben wir eine Entscheidung des Revisions-Collegs, welche das Gegentheil des obigen Rechtsatzes ausspricht, mitgetheilt und halten es daher für Pflicht, das seitdem erschienene Revisions-Erkenntniß, welches sich in entgegengesetztem Sinne ausspricht, zur Vermeidung unnützer Prozesse nach einer vom Hrn. Fürsten zu Salm-Horstmar erhaltenen Druckabschrift zu veröffentlichen.

Im Namen des Königs.

In Sachen des Herrn Fürsten Friedrich zu Salm-Horstmar, Provokaten und Appellanten, jetzt Imploranten,

Digitized by Google

wider

den Kaufmann Hermann Beckhaus zu Stadtlohn, Provokanten und Appellanten, jetzt Imploranten, hat der zweite Senat des Königl. Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 22. April 1852, an welcher Theil genommen haben:

der Präsident, Wirkliche Geheime Ober-Justiz-Rath Dr. Busse,

die Geheimen Ober-Tribunals-Räthe: Kuhlmeyer, Elsner, Ballhorn, Heinsius, Goering,

die Appellationsgerichts-Räthe: v. Ohlen und Korte,

zu Recht erkannt:

daß das Urtel des Königl. Revisions-Collegiums für Landes-Kultur-Sachen vom 16. September 1851, zu vernichten, die Kosten desselben niederzuschlagen und die gerichtlichen des Nichtigkeitsverfahrens jedem Theile zur Hälfte aufzuerlegen, die außergerichtlichen desselben aber zu kompensiren; — in der Sache selbst auch auf die Appellation des Herrn Provokaten die Entscheidung der Königl. General-Kommission zu Münster vom 17. Januar 1851. dahin abzuändern, daß Provokant für den Eigenthümer der in der Urkunde vom 2. Dezember 1800. spezifizirten Gerechtigkeiten und Grundstücke nicht zu erachten, auch mit seinem Antrage auf Ablösung der aus derselben herrührenden Abgaben und Leistungen zurückzuweisen, und die Kosten beider Instanzen jedem Theile zur Hälfte aufzuerlegen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Der Appellationsrichter stellt seiner, das erstinstanzliche Urtel bestätigenden, Entscheidung den Satz an die Spitze, wie es keinem Zweifel unterliegen könne, daß das

Digitized by Google

Gesetz vom 2. März 1850. (Nr. 3233.), wenn es im §. 2. Nr. 2. das Eigenthum des Erbverpächters aufgehoben, und dem Erbpächter das volle Eigenthum gegeben, diejenigen Rechtsinstitute vor Augen gehabt habe, welche zur Zeit seiner Verkündigung, zufolge der, in den einzelnen Landestheilen, wofür es gelte, bestehenden allgemeinen oder Partikular-Gesetzen als Erbpachtsverhältnisse zu betrachten gewesen wären.

Er nimmt demnächst an, daß durch den Vertrag vom 2. Dezember 1800. ein solches ursprünglich begründet sei; indem das, nach Maaßgabe desselben verliehene erbliche Besitzrecht — wiewohl es nur auf drei Leiber oder Nachfolger aus der Descendenz des ersten Erwerbers beschränkt worden — danach sowohl nach der Münsterschen Erbpachtsordnung vom 21. September 1783, wie nach dem allgemeinen preußischen Landrechte unter den Begriff der Erbpacht falle, da jene (§. 40.) bestimme:

„Ein Erbpachtsgut ist dasjenige — Erbe, Hof oder Kotten — welches Jemand auf generationes oder sichere Abstammungen beschränkt oder unbeschränkt in Erbpacht übertragen ist;“

und letzteres (§. 189. Th. I. Tit. 21.) verordne:

„Doch ändert es das Wesen des Geschäfts (scil. der Erbpacht) nicht, wenn der Vertrag auch nur auf gewisse Jahre oder Generationen geschlossen worden.“

Da jedoch für derartige Besitzverhältnisse im §. 21. des Gesetzes vom 21. April 1825. (Nro. 940) über die, den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und über die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche, wie Stadtlohn, vormals zu den französischen Departements eine Zeitlang gehört haben, vorgeschrieben worden, (wörtlich):

„Die Rechtsverhältnisse bloßer Zeitpächter sind durch das gegenwärtige Gesetz nicht geändert. Den bloßen Zeitpächtern sind aber auch diejenigen gleich zu ach-

Digitized by Google

ten, deren erbliches Recht bei der Verleihung auf höchstens drei Vererbungsfälle oder auf eine Zeit von weniger als 100 Jahren beschränkt worden ist;"

so wirft sich der Appellationsrichter die Frage auf:

„ob man damit das Verhältniß eines Grundbesitzes der hier vorliegenden Art materiell habe treffen oder abändern wollen, und ein beschränkt erblicher Besitz, namentlich ein Erbpachtsrecht im Sinne der Münsterschen Erbpachtsordnung dadurch aufgehoben, und rechtlich oder thatsächlich in ein Zeitpachtverhältniß verwandelt worden sei?"

oder aber

„angenommen werden müsse, daß keinerlei Veränderung derartiger Besitzverhältnisse eingetreten, dieselben vielmehr unverändert aufrecht erhalten seien mit der Maaßgabe, daß darin die Erwerbung eines vollen oder nutzbaren Eigenthums nicht bedingt sei?"

und verneint die erste Alternative, bejaht dagegen die letztere aus Gründen, die theils den fremdherrlichen Gesetzen, in so weit sie die Antecedentien der preußischen Gesetze vom 21. April 1835. bilden, entnommen sind, theils auf der Wortfassung und der (angeblich) unzweifelhaften Absicht der, die Grundrechtsverhältnisse jener Landestheile ordnenden preußischen Gesetze beruhen.

In dieser Beziehung bescheidet sich denn der Appellationsrichter zuvörderst, daß die Art. 13. und 14. des großherzoglich bergischen Dekretes vom 13. September 1811, die daselbst abgeschafften Rechte und Abgaben betreffend, dahin lautend:

„Außer den, in den vorigen Artikeln bestimmten Fällen wird dafür gehalten, daß die darin gemeldeten Güter dem Verpächter gehören, und der Inhaber derselben wird als ein bloßer Pächter (simple fermier) betrachtet."

Digitized by Google

„Die Bestimmung des vorgedachten Artikels ist auch auf die bloß für zwei oder drei Generationen in Erbpacht gegebenen Güter anwendbar, desgleichen auf diejenigen Güter, welche auf eine gewisse und bestimmte Zeit, die sich nicht über 99 Jahre beläuft, gegen Erbzins verliehen wurden,"

auf den vorliegenden Fall direkt nicht zur Anwendung kommen könnten, da sie für das, dem französischen Lippe-Departement, nicht aber dem Großherzogthum Berg angehörig gewesenen Amt Ahaus nie Gültigkeit gehabt haben; er hält indessen dafür, daß sie nichts desto weniger eine besondere Beachtung verdienen, weil eines Theils die Bestimmungen derselben vorerst in den §. 18. des späterhin aufgehobenen Gesetzes vom 25. September 1820. übergegangen seien, und dieser dann wieder die Unterlage zu den betreffenden Vorschriften der drei Gesetze vom 21. April 1825, namentlich zu §. 21. das, unter Nro. 940. gebildet habe, — andern Theils aber das, mittelst kaiserlichen Dekrets vom 8. Januar 1813. in das Lippe-Departement eingeführte hanseatische Dekret vom 9. Dezember 1811. das Institut der Erbpacht gar nicht erwähne, auch keine Regel für die, auf Generationen geschlossenen Gutsüberlassungen enthalte, vielmehr in Titel III. unter der Ueberschrift:

„Des Colonats (Meierrecht, Erbmeier, Erbleihe, Erbzinsgüter)"

nur ganz allgemein verordne:

Art 99. „Les colons jouiront, à titre de propriété pleine et entiere du colonat et de toutes ses dépendances sous les reserves et distinctions portées aux articles, qui suivent relativement aux bois de construction et de haute futai; le tout à la charge d'indemnité envers le bailleur." —

Ueber den Sinn und die Bedeutung jener Stellen des

Digitized by Google

Bergischen Dekrets vom 13. September 1811. bemerkt sodann der Appellationsrichter weiter:

„Es ist zwar im Eingange desselben hervorgehoben, daß die Art des Besitzes der Güter, so wie die Ausübung der, auf denselben haftenden Gerechtsame und rechtmäßigen Abgaben mit den Grundsätzen des Code Napoleon in Uebereinstimmung gebracht werden solle; — es kenne auch dies Gesetzbuch nur volles Eigenthum einerseits, und Zeitpachtverhältnisse andererseits; — daraus dürfe aber noch keineswegs gefolgert werden, daß die bei Publikation des Code vorgefundenen, vertragsmäßig begründeten Privatrechte, der auf wenige (2 — 3) Generationen oder auf 99 Jahre eingeschränkten Erbpächter zu Gunsten des Eigenthümers und Erbverpächters ohne Weiteres hätten weggeschafft sein sollen, dergestalt daß ein beschränktes Erbpachtsverhältniß materiell nun auch in allen Beziehungen fortan in eine bloße Zeitpacht umgeschaffen worden wäre, vielmehr ergebe der Zusammenhang der Artikel 13. und 14. mit den vorausgegangenen Bestimmungen, daß sie ebenfalls nur die Gleichstellung in Bezug auf die Eigenthumsverleihung der Güter zum Gegenstande gehabt und nur darüber zu verfügen beabsichtigt hätten." —

Etwas anderes oder mehreres findet hiernächst der Appellationsrichter auch nicht in den Vorschriften der §§. 15. — 17. des Gesetzes vom 25. September 1820. und meint, daß der Zusammenhang, in welchem die ferneren Dispositionen des §. 18. daselbst,

„das Rechtsverhältniß bloßer Zeitpächter ist durch die fremde Gesetzgebung nicht verändert; — den bloßen Zeitpächtern sind aber auch diejenigen gleich zu achten, deren erbliches Recht bei der Verleihung nur auf höchstens drei Vererbungsfälle oder auf eine

Digitized by Google

Zeit von weniger als 100 Jahren beschränkt worden ist," —

mit jenen stehen, auch hier beweise, daß es nur auf eine Bestimmung darüber abgesehen gewesen sei, welche bäuerlichen Grundstücksbesitzern Eigenthum — nutzbares oder volles — im Vorgange und als Wirkung der fremdherrlichen Gesetzgebung hätten erwerben sollen und welche nicht, — so daß, wenn man den Vordersatz des §. 18. auf den Nachsatz anwende, bezüglich der dort gedachten erblichen Besitzer eben nichts mehr oder weniger bestimmt, im Gegentheil festgesetzt sei, daß auch deren frühere Besitz- und Rechtsverhältnisse, ungeachtet der dazwischen getretenen fremdherrlichen Gesetzgebung unverändert geblieben wären, mithin so fortdauerten, wie sie auf Grund der früheren Verträge, Erbpachtsordnungen u. s. w. eingegangen gewesen seien. —

Ganz dasselbe ist nun nach der Ansicht des Appellationsrichters in den §§. 41. resp. 21. und 21. der Gesetze vom 21. April 1825. (Nro. 938., 939. und 940.) ausgesprochen und soll namentlich die unerhebliche Abänderung dieser Bestimmung im Vergleich zu der eben citirten, welche sich allein darauf beschränkt, daß statt der Worte: „durch die fremde Gesetzgebung" im §. 18. des Gesetzes vom 25. September 1820. es jetzt heißt: „durch das gegenwärtige Gesetz" nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß der zweite Satz dieser letztern einen andern Sinn habe, als der ganz gleichlautende Satz erstgedachten §. 18. —

Das Resultat des appellationsrichterlichen Raisonnements konzentrirt sich danach in dem Satze:

„daß die preußische wie die fremdherrliche Gesetzgebung das Rechtsverhältniß jener beschränkten Erbpächter gleich denen des Zeitpächters nicht habe berühren oder verändern wollen," —

Digitized by Google

und hieran knüpft sich nunmehr als Uebergang zu der getroffenen Entscheidung selbst, folgende Betrachtung:

„diese Bestimmung in der vorliegenden Materie — so sagt der Appellationsrichter wörtlich — stehet im vollsten Einklange mit der, beim Erlaß der Gesetzgebung vom 21. April 1825. vorwaltenden Tendenz, nämlich der Erhaltung der frühern Verfassung, so weit sie mit den, seit 1807. in den ältern Provinzen der Monarchie über die Verhältnisse des Grundbesitzes erlassenen Vorschriften vereinbar und neben den Gesetzen vom 21. April 1825. fortdauern können;

(cfr. Allerh. Kabinetsordre vom 21. April 1825.)

„zufolge §. 2. dieser Gesetze und namentlich des Gesetzes Nro. 940. sollen neben deren Bestimmungen die Gewohnheiten und Provinzialrechte, soweit dieselbe durch die Publikationspatente vom 9. Septbr. 1814. und 25. Mai 1818. aufrecht erhalten worden, demnächst aber die allgemeine Gesetzgebung als subsidiäres Recht angewendet werden. Hieraus folgt, daß jene eingeschränkten Erbpachtsverhältnisse, welche, wie oben erörtert ist, die fremdherrliche Gesetzgebung nicht alterirt oder aufgehoben hat, im Gegensatz zu denjenigen Erbpachtsverhältnissen, welche die Verleihung des vollen oder nutzbaren Eigenthums begründeten, ganz so, wie sie durch Partikulargesetze, durch die Münstersche Erbpachts-Ordnung u. s. w. entstanden und geregelt waren, seit 1825. bis zu dem Zeitpunkte fortdauerten, wo das neueste Ablösungsgesetz vom 2. März 1850. erschien, dessen §. 2. das Eigenthum des Erbverpächters aufhob und dem Erbpächter das volle Eigenthum übertrug.“ —

„Wenn demzufolge das vorliegende Rechtsgeschäft sowohl nach der Partikular-Gesetzgebung als nach dem Allgem. Landrechte unter den Begriff der Erb-

Digitized by Google

pacht fällt und kein modifizirtes Zeitpachtverhältniß ist, so ist damit auch die Folgerung von selbst gerechtfertigt, daß die auf dem Gute ruhenden Lasten und Abgaben beständige (Reallasten) und mithin nach §. 6. des Gesetzes vom 2. März 1850. ablösbar sind." —

Der Appellationsrichter schließt seine Deduktion mit einer Betrachtung der Motive des Gesetzes vom 2. März 1850. und findet darin seine Ansicht um so mehr bestätigt, als auch die, für die ältern Provinzen der Monarchie erlassenen Regulirungs-Gesetze den nicht erblichen Lassiten, bäuerlichen Nutznießern, deren Güter selbstständig besessen worden und nicht eingezogen werden durften, oder herkömmlich stets an besondere Wirthe ausgethan waren, die Eigenthumserwerbungen gestattete. Wenn dagegen die Gesetze vom 21. April 1825. diese Wohlthat der neuen preuß. Agrar-Gesetzgebung durch den mehr zufälligen Umstand der Vererblichkeit auf drei Generationen oder eines Besitzes von nur 99 Jahren beschränkt hätten: so widerspreche es der Tendenz des Gesetzes vom 2. März 1850. keineswegs, daß dasselbe die beschränkten Erbpächter in den westlichen Provinzen mit den Lassiten und emphyteutischen Besitzern in den östlichen habe gleichstellen und jenen das Eigenthum, welches Artikel 99. des französ. Dekrets vom 9. Dezbr. 1811. den Besitzern der Erbleihgüter ohne Unterschied zugesprochen, ebenfalls habe gewähren wollen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde beschuldigt nun den Appellationsrichter, daß er bei seiner vorstehend detaillirten Argumentation

1. die Natur und den wesentlichen Karakter der Erbpacht überhaupt verkannt habe, indem er das unter den Parteien streitige, durch den Vertrag vom 2. Dezember 1800. begründete Rechtsverhältniß für ein solches erachte; —

Digitized by Google

(cfr. Instr. vom 7. April 1839. Nro. 9. zum §. 4. Nro. 1. der Verordn. v. 14. Dez. 1833. —)

2. den durch das Gesetz vom 21. April 1825. (Nro. 940.) in §. 21. ausgesprochenen Rechtsgrundsatz verletze, nach welchem den bloßen Zeitpächtern auch diejenigen gleichgestellt sind, deren erbliches Recht bei der Verleihung, wie hier, auf höchstens drei Vererbungsfälle beschränkt ist; —
3. den §. 2. Nro 2. des Gesetzes vom 2. März 1850 auf einen Fall anwende, für welchen dasselbe nicht gegeben worden, und endlich
4. durch diese verkehrte Anwendung zugleich den §. 5.— (soll wohl heißen §. 6.) dieser Ablösungsordnung verletze. —

Und in der That sind diese Vorwürfe vollständig begründet. Zum Nachweis dessen muß man dem, vom Appellationsrichter eingeschlagenen Wege noch einmal nachgehen und hier zunächst den Vertrag vom 2. Dezbr. 1800. ins Auge fassen, welchen er in den einzelnen, jetzt zu berücksichtigenden Bestimmungen vollständig mittheilt. Derselbe ist unter der Gesetzeskraft der Münsterschen Erbpachtsordnung vom 21. September 1783. abgeschlossen; — die Partcien streiten darüber, ob diese auf den gedachten Vertrag überall Anwendung finden könne; das muß indessen angenommen werden; denn obschon in ihrem Vorberichte oder Einführungspatente §. 4. bestimmt wird:

„daß sie nur auf diejenigen gerichtet sei, welche aus dem Leibeigenthume in die Erbpacht übergehen,"

so heißt es doch gleich darauf weiter:

„oder auch ein ganzes Erbe, Hof oder Kotten nach Erbpachtsordnung auf sichere vereinbarte Generationen (was hier der Fall gewesen) oder für beständig übernehmen,"

so daß die fernere Ausnahme, welche rücksichtlich der Erb-

Digitized by Google

pächter einzelner Pertinenzien oder Stücke gemacht ist, auf welche das Gesetz nicht ausgedehnt werden sollte, in casu nicht Platz greift. —

Die Erbpachtsordnung enthält nun aber keine spezielle Definition des Begriffs einer Erbpacht; der oben citirte §. 40. derselben sagt vielmehr bei Weglassung der entbehrlichen Zwischenworte nur: „daß ein Erbpachtsgut dasjenige sei, welches Jemanden in Erbpacht übertragen worden," ohne sich weiter darüber zu äußern, welche thatsächliche Momente denn eigentlich das innere Wesen der Erbpacht ergeben sollen, wie solches vom Allgem. Landrechte im §. 187 Th. I. Tit. 21. geschehen ist, welcher als Erbpachtskontrakt denjenigen bezeichnet, „vermöge dessen Jemand das vollständige Nutzungsrecht einer fremden Sache gegen einen damit in Verhältniß stehenden Zins erblich überkömmt," unter dem Zusatze im §. 188. und 189., daß das Erbpachtsrecht in der Regel immerwährend sei und auf alle Erben des Besitzers ohne Unterschied übergehe; — das Wesen des Geschäftes jedoch nicht geändert werde, wenn auch der Vertrag nur auf gewisse Generationen oder Grade geschlossen wäre.

Abgesehen indessen von dieser Mangelhaftigkeit der Erbpachtsordnung, stehet dennoch so viel fest, daß durch den Vertrag vom 2. Dezbr. 1800. ein Rechtsverhältniß gebildet worden ist, welches die Interessenten selbst Erbpacht genannt haben, und auch vom Gesetze mit diesem Namen bezeichnet wird. Dasselbe ist durch das großherzoglich Bergische Dekret vom 13. Septbr. 1811. — wie der Appellationsrichter zugibt — nicht berührt, und daraus folgt denn zunächst von selbst, daß alle über den Sinn und die Deutung der beiden Artikel 13. und 14. dieses Gesetzes im Appellationsurtel angestellten und mit Rückblicken auf ganz allgemeine nicht bestrittene Rechtsregeln verbundene Betrachtungen füglich auf sich beruhen können

Digitized by Google

und müssen, selbst wenn dieselben — wie es wirklich der Fall — bei den Vorberathungen der Gesetze vom 25. September 1820. und vom 21. April 1826. eine besondere Beachtung gefunden haben. Für die in casu interessirten Landestheile sind dagegen der Codé Napoleon und das Dekret vom 9. Dezember 1811. als Landesgesetze in Kraft gewesen, welche trotz der kurzen Dauer ihrer Gültigkeit dennoch zur faktischen Wirklichkeit gelangt sind, und — wie es die Allerh. Kabinets-Ordre vom 21. April 1825. Ges.-Samml. Pag. 73. ausdrücklich anerkennt — insoweit solches geschehen, einen unzweifelhaften Rechtszustand gebildet haben. —

Dem Codé Napoleon ist nun das Institut des getheilten Eigenthums in jeder sonst vorkömmlichen Modifikation, ebenso das der Erbpacht durchaus fremd; er kennt nur Allodialgüter, und dies wird in Art. 4. des Dekrets vom 9. Dezember 1811. wiederholentlich als allgemeiner Grundsatz ausgesprochen, mit dessen Unterlage demnächst die weitern Folgen entwickelt sind, zu welchen späterhin die Bestimmung des Art. 99. gehört, demzufolge: „die Kolonen fortan des vollen und ganzen Eigenthums sich erfreuen sollen." Als Kolonate werden hier freilich nur die Meierrechte, Erbmeier, Erbleih- und Erbzinsgüter bezeichnet, also eine große Zahl derer ausgelassen, welche sich im Allgemeinen in einem gleichen, oder doch ganz ähnlich gestalteten Rechtsverhältnisse befanden. — Da man indessen, nach der ganzen Tendenz der fremdherrlichen Gesetzgebung dafür annehmen durfte, daß auch die Güter der letzteren Art von der Eigenthumsverleihung hatten betroffen werden sollen: so kam es für die Allerhöchsten Ortes angeordnete Revision der einschlagenden fremden Gesetze wesentlich darauf an, jene Lücke auszufüllen, und die dabei hervorgetretenen sonstigen Zweifel resp. Bedenken auf angemessene Art zu erledigen.

Digitized by Google

Rücksichtlich der hier fraglichen Besitzverhältnisse geschah dies zuerst durch den §. 18. des Gesetzes vom 25. Septbr. 1820, an dessen Stelle späterhin für das Lippe-Departement die §§. 15. — 22. des Ges. vom 21. April 1825. (Nro. 940.) getreten und noch jetzt in Kraft sind.

Der Abschnitt, welcher von den Rechten des bäuerlichen Grundbesitzes handelt, und nach §. 33. l. c. auch auf solche erbliche Besitzrechte angewendet werden soll, die mit einem gutsherrlich bäuerlichen Verhältnisse in keiner Verbindung stehen, wird dort durch §. 15. eingeleitet, dahin lautend:

> §. 15. „Jeder bäuerliche Besitzer, welchem zur Zeit der erlassenen fremden Gesetze ein vererbliches Besitzrecht zustand, hat daran jedenfalls, die im §. 21. bestimmten Fälle ausgenommen, das volle Eigenthum erworben ꝛc." —

und daran schließt sich nach einigen, nur zur Erläuterung des Hauptgrundsatzes dienenden Zwischenverordnungen

> §. 25. „Die Rechtsverhältnisse bloßer Zeitpächter sind durch das gegenwärtige Gesetz nicht verändert. Den bloßen Zeitpächtern aber sind auch diejenigen gleichzuachten, deren erbliches Recht bei der Verleihung auf höchstens drei Vererbungsfälle oder auf eine Zeit von weniger als 100 Jahren beschränkt worden ist." —

Beiden eben gedachten Vorschriften und deren Entstehungsgeschichte zufolge wäre also dem Appellationsrichter darin vollkommen beizutreten:

> „daß Rechts- und Besitzverhältnisse der vorliegenden Art ihrem Wesen nach weder durch die fremdherrliche noch durch die preußische Gesetzgebung vor dem Jahre 1850 alterirt, vielmehr von denselben ganz unberührt geblieben sind." —

Daraus folgt aber keineswegs, daß sie nur **als Erb-**

Digitized by Google

pächte fortbestehen müßten; der §. 21. l. c. sagt auch in seinen dispositiven Worten nicht sowohl **dies**, vielmehr:

„daß erbliche Rechte der bezeichneten Art als Zeitpacht anzusehen seien,"

indem er solchergestalt die Zweifel und Bedenken über die fernere Auffassung der rechtlichen Natur jener Besitzverhältnisse beseitigt, deren Nichtveränderung jetzt nun eine nothwendige Folge der deklaratorischen Bestimmung selbst und des mit ihr festgestellten Ausschlusses der Eigenthumsverleihung blieb, welche im §. 15. l. c. geregelt war. — Eine solche Folgerung entspricht auch nicht allein dem allgemeinen Prinzip über Aufrechthaltung der Verträge, sondern speziell dem, an der Spitze des französischen Gesetzbuches stehenden Satze (Art. 2.)

„daß das Gesetz nur für die Zukunft verfüge und keine rückwirkende Kraft habe." —

Der Appellationsrichter irrt daher rechtsgrundsätzlich, wenn er neben den erblichen Besitzrechten, welche sofort in Eigenthum übergingen, und der Zeitpacht, in welcher nichts verändert werden konnte und sollte, noch ein drittes, zwischen beiden gewissermaßen in der Mitte stehendes Rechtsverhältniß annimmt. Weder das Napoleonische Gesetzbuch, noch das hanseatische Dekret vom 9. Dezember 1811. kennt ein solches Zwittergeschäft, für welches der Appellationsrichter den Namen: „beschränkte Erbpacht" hinstellt und ihm damit Realität zu geben versucht, die es aber durch eine, ohne allen gesetzlichen Halt bleibende, willkührliche Bezeichnung nimmermehr und um so weniger gewinnen kann, da auf diese Weise ein Besitzverhältniß, welches vermöge gesetzlicher Bestimmung für Zeitpacht zu erachten, dennoch als **keine** solche anzusehen, und andererseits Erbpacht beibehalten sein würde, die doch vom Gesetze bereits zum vollständigen Eigenthum erweitert war.—

Digitized by Google

Mit weit besserem Rechte könnte das hier erörtete Besitzverhältniß: „eine vererbliche Zeitpacht" genannt werden; wenigstens stände damit die Terminologie des §. 21. resp. 41. der Gesetze vom 21. April 1825. sowohl, als auch das Wesen der Sache selbst in vollem Einklange, während jetzt die Annahme des Appellationsrichters, daß außer dem erblichen Besitzrecht, welches in Eigenthum übergegangen ist und der, einem solchen gegenüberstehenden Zeitpacht, noch ein drittes, weder der einen noch der andern Kathegorie angehöriges Besitzverhältniß existire, den Bestimmungen der §§. 15. und 21. resp. 41. des Gesetzes, sowohl den Worten als dem Sinne und Zusammenhange nach schnurstracks widerspricht. —

Ueberhaupt wird auch eine Zeitpacht, welche von vorn herein auf zwei oder drei Generationen oder doch auf so lange konstituirt ist, daß deren Uebergang auf Erben mit Gewißheit vorherzusehen bleibt, darum noch keine Erbpacht im gesetzlichen Sinne, wenn sie auch so genannt sein möchte; denn das Wesen der letztern liegt weder in jener Vererblichkeit noch im Namen, vielmehr in den vereinbarten gegenseitigen Rechten der Parteien, welche nur aus den kontraktlichen Bestimmungen und bei deren verschiedener möglicher Nüancirung in jedem einzelnen Falle zu abstrahiren sind. —

Unter keinen Umständen darf aber dasjenige Rechtsverhältniß als Erbpacht angesehen und behandelt werden, welches vom Gesetze selbst einer Zeitpacht ausdrücklich gleichgestellt und deren Consequenzen unterworfen ist, wie dies für Verträge vorliegender Art durch §. 21. des Gesetzes vom 21. April 1825. geschieht, in welchem mit großem Vorbedacht sogar das Wort: „Erbpacht" vermieden, und statt dessen die allgemeine Bezeichnung: „erbliches Recht" gewählt ist. —

Digitized by Google

Der Appellationsrichter hat hiernach ebensowohl den wesentlichen Karakter des vorliegenden Geschäfts verkannt, als gegen den, im §. 21. des Ges. vom 21. April 1825. (Nro. 940.) ausgesprochenen Rechtsgrundsatz verstoßen; er irrt aber auch insofern, als er meint, daß die kontraktlich wohl erworbenen Privatrechte des Imploraten zu Gunsten des Eigenthümers und Verpächters gekränkt resp. ganz weggeschaffen sein würden, wenn man sie einer bloßen Zeitpacht gleich erachten wolle. Denn da eine Veränderung der durch den Vertrag vom 2. Dezember 1800. geordneten gegenseitigen Beziehungen in keiner Weise eintritt, derselbe eben von beiden Theilen nach wie vor erfüllt werden muß, so ist nicht wohl abzusehen, worin eine Verschlechterung der Stellung des Pächters beruhen, und umgekehrt eine günstigere Lage des Verpächters herbeigeführt sein sollte; es müßte denn etwa darin gesucht werden, daß jener nicht Eigenthümer geworden, und letzterer behalten hat, was ihm von jeher rechtlich zustand. — Keines von beiden kann aber dem Provokanten zur Beschwerde gereichen.

Die appellationsrichterliche Entscheidung läßt sich daher gegen die beiden ersten Angriffe der Nichtigkeitsbeschwerde nicht halten, und wenn demgemäß nach den Partikular-Gesetzen für die ehemals westphälischen, bergischen und französisch-hanseatischen Landestheile feststeht, daß hier kein erbpachtliches Verhältniß, selbst nicht das sogenannte beschränkte, sondern eine Zeitpacht, auf drei Leiber vererblich, vorliegt: so ergiebt das Prinzip, welches den Ausgang und die Basis der appellationsrichterlichen Argumentation bildet, wieder von selbst, daß auch der dritte Vorwurf der Nichtigkeitsbeschwerde:

„es sei der §. 2. Nro. 2. des Gesetzes vom 2. März 1850. auf einen Fall angewendet, für welchen derselbe nicht gegeben worden,“

Digitized by Google

wohl begründet ist; — und dies um so mehr, wenn in Erwägung gezogen wird, daß die Gesetze vom 21. April 1825. durch jenes neuere nicht mit aufgehoben, sondern nur in denjenigen Bestimmungen außer Kraft gesetzt sind, welche den Vorschriften desselben entgegenstehen, oder mit demselben sich nicht vereinigen lassen möchten. (cfr. §. 1. am Schlusse.)

Und **das** kann doch von der, zur Deklaration resp. Ergänzung der fremdherrlichen Gesetze gereichenden Disposition des §. 21. l. c. in der That nicht behauptet werden, sie ergibt bei einer unbefangenen Auffassung nichts, was dem Gesetze vom 2. März 1850. widerspräche oder eine Vereinigung mit den Vorschriften desselben ausschlösse; im Gegentheil erkennt auch letzteres den Satz: „daß bloße Zeitpächter keinen Anspruch auf Eigenthumsverleihung haben," im §. 74. selbst an, und die besondere Ausnahme des §. 75., nach welchem „auch Zeitpachts- und emphyteutische Güter, welche auf bestimmte Jahre oder Geschlechtsfolgen besessen worden, für regulirungsfähig erklärt sind," kann hier um so weniger, auch nur eine entfernte Analogie geben, als dieselbe ganz speziell für die abweichenden Verhältnisse des Großherzogthums Posen, der Kreise Culm und Michelau, des Landesgebietes der Stadt Thorn und der Provinz Preußen berechnet ist. —

Hätte das Gesetz vom 2. März 1850. die Bestimmung des §. 21. des Gesetzes vom 21. April 1825. in Betreff der Zeitpächter auf Geschlechtsfolgen oder weniger als 100 Jahre beseitigen, und denselben Eigenthum verleihen wollen: so hätte dies mit deutlichen Worten und ganz direkt ausgesprochen werden müssen, was nicht geschehen ist. —

Es könnte sogar noch fraglich sein, ob §. 2. ad 2. des Gesetzes vom 2. März 1850. auf Verhältnisse vorliegender Art überhaupt auch außerhalb des Bereiches der

Digitized by Google

Partikular-Gesetzgebung de 1825. Anwendung erleiden dürfe? Ihm zufolge soll nämlich das bisher bestandene Eigenthumsrecht des Erbverpächters an dem Erbpachtsgute ohne Entschädigung aufgehoben sein, und der Erbpächter dessen volles Eigenthum mit dem Tage der Rechtskraft des Gesetzes und lediglich auf Grund desselben erlangen. Zur Motivirung dieser Bestimmung ist angeführt:

„es verliere das Eigenthum des Erbverpächters nach Ablösung des Erbpachtskanons für den Berechtigten alle Bedeutung. So lange diese noch nicht geschehen, äußere sich im Wesentlichen ihre Wirksamkeit nur in dem, dem Erbverpächter im Concurse zustehenden Vorzugsrechte für die Canonsrückstände. Diese Vorrechte blieben indessen vorbehalten, und unter dieser Voraussetzung erscheine im Uebrigen die unbedingt unentgeltliche Aufhebung der oberherrlichen Rechte des Erbverpächters unbedenklich, auch sei es nicht nothwendig, diese Aufhebung, wie früher vorgeschlagen worden, von der erfolgten Ablösung des Canons abhängig zu machen."

Erwägungen der Art passen augenscheinlich auf Verträge nicht, deren Ende mit Bestimmtheit abzusehen ist, und aus welchen der Erbverpächter Rechte von wesentlich anderem, bedeutenderem Gewicht herleitet, das sich fortschreitend steigert, je näher der Zeitpunkt des Erlöschens der erbpächterlichen Nutzung herantritt. Inzwischen kann diese Frage für den vorliegenden Fall nur deshalb ganz auf sich beruhen, weil der §. 21. des Ges. vom 21. April 1825. das unter den Parteien obwaltende Verhältniß jedenfalls für eine Zeitpacht erklärt, auf welche der §. 2. ad 2. des Gesetzes vom 2. März 1850. eben so wenig zur Anwendung kommt, als §§. 187. — 189. Th. I. Tit. 21. des Allg. Landrechts.

Digitized by Google

Endlich aber liegt es auf der Hand, daß Motive und Tendenzen, welche beim Erlaß des Ediktes v. 14. September 1811. und des Gef. vom 8. April 1823. (Gef.-Samml. de 1811. Pag. 281. und de 1823. Pag. 49.) maaßgebend gewesen sein, und schließlich das Gesetz vom 2. März 1850. mit seinen, den Lassiten und emphyteutischen Besitzern der östlichen Provinzen günstigern Bestimmungen hervorgerufen haben mögen, auf die hier in Frage gestellten Verhältnisse der, von der fremdherrlichen Gesetzgebung betroffenen westlichen Landestheile unter keinen Umständen angewendet und ebensowenig zur Interpretation der für sie allein berechneten Gesetze herbeigezogen werden können. —

Der desfalsige Versuch des Appellationsrichters erscheint daher mehr als gewagt und unterliegt sein Urtel in allen oben erörterten Beziehungen der Vernichtung, was nach §. 17. der Verordn. vom 14. Dezbr. 1833. und §. 9. des Gef. vom 10. Mai 1851, den Ansatz und die Erhebung der Gerichtskosten betreffend, eine Niederschlagung der Kosten desselben, die gleichmäßige Vertheilung der gerichtlichen des Nichtigkeitsverfahrens und die Kompensation der außergerichtlichen desselben zur Folge hat.

Auf die nunmehr frei zu beurtheilende Appellation des Herrn Provokaten ergibt sich die Entscheidung der Sache aus den oben bereits entwickelten Gründen von selbst. Der Provokant (jetzt Implorat) ist demnach nicht Erb-, sondern nur Zeitpächter; aus diesem Verhältnisse kann er aber weder nach §. 15. des Gef. vom 21. April 1825. (Nr. 940.) noch nach §. 2. ad 2. des Gef. vom 2. März 1850. ein Eigenthumsrecht herleiten, sein desfallsiger Antrag ist vielmehr zu verwerfen, und unter Abänderung des ersten Erkenntnisses auch seine Provokation auf Ablösung zurückzuweisen, der Kostenpunkt aber nach §. 6. Tit. 23. Th. I.

Digitized by Google

der Allg. Ger.-Ordn. und §. 2. des Gef. vom 10. Mai 1851. resp. der Miniſterial-Inſtruktion zu ſolcher, vom 10. September ejusd. zu beſtimmen.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterſchrift des Königlichen Ober-Tribunals.

Berlin, den 22. April 1852.

gez. **Mühler.**

(L. S.)

Müller.

Digitized by Google

II.

Im Herzogthum Westfalen, überhaupt im frühern Erzstift Cöln, bedarf es allerdings des väterlichen Consenses zur Eingehung eines Verlöbnisses.

Rechtsfall

mitgetheilt

von

Sommer,

(mit Bezug auf Jahrg. XIV. S. 193. ff.)

(Monitum Archiepiscopale de 16. Sept. 1755.).

Da das XIV. 193. mitgetheilte Appellations-Erkenntniß über die obige Frage vom Obertribunal vernichtet ist, die Gründe des Appellations-Richters, die Ueberzeugung des Obertribunals, (Entscheidungen Bd. 3. S. 5. ff.) nicht erschüttert haben, so halten wir es für Pflicht, die betreffende Entscheidung unsern Blättern im Folgenden einzuverleiben.

Im Namen des Königs.

In Sachen des Ludwig Rickert, im Beistande seines

Digitized by Google

Vaters Peter Rickert zu Weckinghausen, Klägers, Widerverklagten und Revidenten,

gegen

die Gertrud Rieke im Beistande ihres Vaters, Kaspar Rieke gt. Schütte zu Vollinghausen, Verklagte, Widerklägerin und Revisin, hat der erste Senat des Königlichen Obertribunals in seiner Sitzung vom 18. Januar 1850. in welcher Theil genommen haben: der Chefpräsident, Staatsminister Mühler, die Geheimen Obertribunals-Räthe, Freiherr v. Gärtner, v. Tschirschky, Wilkel. Decker, Dr. v. Hermensdorff und Dr. Meyer

für Recht erkannt:

Daß unter Abänderung des von der Abtheilung für Civil-Sachen des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg vom 16. Mai 1849. gesprochenen Erkenntnisses und Kompensation der Kosten aller Instanzen, das von der Deputation des vorigen Königlichen Land- und Stadtgerichts zu Erwitte am 15. Dezember 1848. gesprochene Erkenntniß I. Instanz lediglich wieder herzustellen.

Von Rechts Wegen.

Gründe:

Die Entscheidung der Sache hängt von der Frage ab, ob im Herzogthum Westphalen ein von einem katholischen und noch unter väterlicher Gewalt stehendem Kinde geschlossenes Eheverlöbniß wegen Mangels der väterlichen Einwilligung dergestalt nichtig ist, daß es auch für das Kind selbst als ungültig betrachtet werden muß?

Die Appellations-Spruchrichter haben diese Frage verneint, und zwar aus folgenden Gründen:

Der erzbischöflich Cölnischen Verordnung vom 16. Sept. 1755. könnte zwar, da ihre erfolgte Publikation nicht nachgewiesen sei, unmittelbare Gesetzeskraft nicht bei-

Digitized by Google

gelegt werden; allein sie beweise doch immer soviel, daß sowohl der Pabst, als auch der Churfürst von Cöln das canonische Recht in Betreff der Sponsalien dahin ausgelegt hätten, daß zur Gültigkeit des Eheverlöbnisses eines Haussohnes der väterliche Konsens keineswegs erforderlich sei. In sofern nun deren Ausspruch, als doctrinaire Auctorität, als ein darüber ertheiltes Weisthum, wie in dem Erzbisthum Cöln in jener Zeit die über die Eheverlöbnisse bestandene Gesetzgebung verstanden und gehandhabt worden, erscheine, sei solcher von der größten Bedeutung und der Entscheidung um so mehr zum Grunde zu legen, als die Auslegung des canonischen und römischen Rechts in dieser Materie sehr bestritten sei. Einige Rechtslehrer wollten schon nach dem römischen Rechte behaupten, daß die Ungültigkeit des von einem filius familiae abgeschlossenen Verlöbnisses wegen mangelnder väterlichen Zustimmung eine lediglich auf ein Anfechtungsrecht des Vaters hinaus laufende relative sei.

Das canonische Recht scheine wenigstens in der früheren Periode mit dem römischen in Uebereinstimmung gestanden zu haben. Dagegen sei die schon in mehreren Canones auch rücksichtlich der Sponsalien ausgesprochene Meinung, daß secundum leges solus eorum consensus, de quorum conjunctionibus agitur Can. 2. C. XXVII. qu 2 ff. genüge, durch das Tridentinum rücksichtlich der Ehe zum unbestrittenen Gesetze erhoben, a majori ad minus geschlossene, lasse sich dieses mit mehreren Rechtslehrern um so mehr auf Verlöbnisse anwenden, und die Annahme, welche nach Frey l. c. die Praxis für sich gehabt, rechtfertigen, daß hinsichtlich der Sponsalien der väterliche Konsens nur de honestate, aber nicht de necessitate erforderlich sei. Das Argument, welches aus der Sacramentseigenschaft der Ehe dagegen angeführt werde, lasse sich dadurch beseitigen, daß hinsichtlich der Ehe der mangelnde väterliche Konsens

Digitized by Google

nur als Nichtigkeitsgrund zu sanctioniren gewesen wäre, um zu bewirken, daß sie rücksichtlich des indissolubile vinculum, als gar nicht eingetreten zu betrachten wäre; dies sei aber keineswegs geschehen. Wenn sich nun auch mehrere neuere Rechtslehrer mit dieser Ansicht in Widerspruch gesetzt hätten; so sei doch soviel gewiß, daß die Lehre über die Rechtsbeständigkeit ohne väterlichen Konsens abgeschlossener Verlöbnisse mindestens zu den bestrittenen zu rechnen wäre; und sei demnach der Entscheidung der Rechtsfrage auch schon in früheren Entscheidungen der Gerichtsgebrauch wie er sich durch eine auf die Aussprüche der höchsten geistlichen und weltlichen Gesetzgeber basirte, usuelle Interpretation in der Erzdiözese Cöln fixirt gehabt, und bis in die neueste Zeit bindende Norm für die erkennenden Gerichte gewesen wäre, das episcopale monitum vom 17. September 1755. zu Grunde gelegt worden.

Diese Ausführung der Appellations-Spruchrichter findet nun aber ihre vollständige Widerlegung in den Gründen des von dem I. Senate des Königlichen Obertribunals vom 16. Mai 1837. gesprochenen und dieselbe Streitfrage zum Gegenstande gehabt habenden Revisions-Erkenntnisses, deren Wiederholung es hier um so weniger bedarf, als solche in dem 3. Bande der Entscheidungen des Königlichen Obertribunals pag. 5. seqq. vollständig abgedruckt worden, und auch den Parteien hinlänglich bekannt sein müssen, da beide dieses Erkenntniß in ihren Deductionen allegirt haben.

Ist nun aber nach diesen veröffentlichten Entscheidungsgründen die Eingangs aufgestellte Frage zu bejahen und ist durch den von dem noch unter väterlicher Gewalt stehenden Kläger geleisteten Eid festgestellt, daß es dem von ihm mit der Verklagten eingegangenen Eheverlöbnisse an der Einwilligung seines Vaters gefehlt habe, und fehlt es auch darüber an allem Beweise, daß Klägers Vater

Digitized by Google

zu solchem etwa noch hinterher seine Einwilligung ertheilt hatte, ist vielmehr sogar das Gegentheil daraus zu schließen, daß dieser Prozeß von dem Kläger unter ausdrücklichem Beistand seines Vaters erhoben worden ist; so konnte es keinen Anstand finden, das Appellationsurtheil auf die dagegen von dem Kläger eingewendete Revision, abzuändern, und das Urtheil I. Instanz wieder herzustellen, was dann auch nach §. 10. Thl. I. Tit. 23. der Allg. G. O. die Kompensation sämtlicher Kosten zur Folge haben mußte.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterschrift des Königlichen Ober-Tribunals.

Berlin, den 18. Jan. 1850.

(L. S.) **Mühler.**

Digitized by Google

III.

Vergleichende Uebersicht des heutigen Römischen und Preußischen gemeinen Privatrechts von C. C. E. Hiersemenzel. Erster Theil. Berlin 1852. Verlag von Gustav Hempel. (236 Seiten.) Preis: 1 Thlr. 7½ Sgr.

Recension,

von

Herrn Rechts-Anwalt **Schlüter** in Heiligenstadt.

Es ist schon mehrfach darüber geschrieben und noch weit öfter gesprochen, welche erhebliche Nachtheile aus der unsrer Gesetzgebung eigenthümlichen Manier hervorgehen, Abänderungen alter Gesetze nicht durch eine neue Redaktion derselben, sondern als selbstständige, neben den alten hergehende Bestimmungen zu promulgiren. Man kann auf diesen Punkt nicht oft genug zurückkommen, da auch noch im Laufe dieses Jahrs die alte Sitte sich wieder geltend gemacht und in dem Gesetze v. 3. Mai v. J. bald „statt" kaum 3 Jahre alter Vorschriften, bald „zu" denselben andere gesetzliche Bestimmungen gesetzt hat. Aus diesen häufigen Zusätzen und Abänderungen entsteht ein Gewirre, welches unter den ausübenden Praktikern sophistischen Auslegungen Thür und Thor öffnet und unter den angehenden

Digitized by Google

Praktikern allen Sinn für Wissenschaftlichkeit zu vernichten droht. Schon verdanken wir dieser immer mehr anwachsenden Masse des Positiven und der daraus hervorgehenden Schwierigkeit, zu unterscheiden, was noch geltenden Rechtes ist, zum größten Theile das unter unsren Referendarien immer weiter um sich greifende „Einpauken zum dritten Examen durch Repetenten“, jene leidige Gewohnheit, durch häufiges Examiniren aus dem bequemen breitstyligen Göschen die Hauptsätze des römischen Rechts und aus Excerpten verschiedener Hefte das Wesentliche der preußischen Gesetzbücher und ihrer Ergänzungen sich einprägen zu lassen. Dieser Methode des Eintrichterns muß entschieden entgegen gearbeitet werden, wenn nicht zukünftig die Juristerei nur handwerksmäßig bei uns ausgeübt werden soll. Die Gesetzgebung vermag durch Befehle, die Referendarien vor dem dritten Examen nicht nach Berlin zu beurlauben u. dergl. nichts zu helfen. So lange sie nicht mit Beseitigung der bestehenden Gesetzbücher durch neue präzise, kurz, ohne Casuistik und principiell redigirte selbst Hand an's Werk legt, kann nur die Wissenschaft dem Unwesen steuern. Von diesem Gesichtspunkte aus sind zwei neuerdings erschienene juristische Werke von der größten Wichtigkeit. Das eine ist das bereits in diesen Blättern besprochene, von Franz Löher edirte, System des Preußischen Landrechts in deutschrechtlicher und philosophischer Begründung; das andere ist das in der Ueberschrift näher bezeichnende Werk von Hiersemenzel. Der Verfasser hat sich zur Aufgabe gestellt, den das Landrecht Studirenden auf seinem Gange durch die einzelnen Titel zu begleiten und allenthalben die characteristischen Abweichungen vom Römischen Rechte kurz und genau anzugeben. Man könnte vielleicht darüber mit ihm rechten, daß er genau den landrechtlichen Titeln gefolgt sei; allein das Landrecht entbehrt der systematischen Anordnung nicht, für den Studirenden

Digitized by Google

ist ein der landrechtlichen Eintheilung folgendes Handbuch das am leichtesten Unterstützung gewährende und es ist auch bei einem solchen, wie der Verfasser gezeigt hat, recht wohl möglich, einzelne Lehren in vollem Zusammenhange zu behandeln. Die Grundsätze des römischen, gemeinen und preußischen Rechtes sind klar entwickelt, die Folgesätze kurz angegeben, bisweilen fast nur angedeutet, aber allenthalben durch Allegirung der hauptsächlichsten Stellen aus den betreffenden Gesetzen oder Hinweisung auf die vorzüglichsten literarischen Bearbeitungen dem strebsamen Studirenden nicht nur die größte Lust zur weiteren Forschung geweckt, sondern auch die besten Hülfsmittel dazu gleich an die Hand gegeben.

Ein Abschnitt über „Begriff und Eintheilung des Rechts“ eröffnet das Buch. (S. 1. bis 4.) Daran schließt sich eine gedrängte gute Uebersicht und Geschichte des römischen, gemeinen und preußischen Rechts, welche durch Hervorhebung der hauptsächlichsten, historischen Momente und Klarstellung des Verhältnisses der einzelnen Gesetzbücher zu einander sich vortheilhaft vor manchen ähnlichen weitschichtigeren, aber weniger gehaltvollen Arbeiten auszeichnet. (S. 4. bis 24.) Indem der Verfasser demnächst zur Einleitung zum Allg. Landrecht übergeht, handelt er die in derselben gegebenen Begriffsbestimmungen der Promulgation und Publikation der Gesetze, des Rechtsirrthums, Gewohnheitsrechts u. s. w. ab und widmet eine ausführlichere Behandlung dem wichtigen Capitel „von der Anwendung der Gesetze“. Die feststehenden Grundsätze sind hier in klarer Uebersichtlichkeit und gutem Zusammenhange hingestellt, die streitigen mit einer zum Selbststudium herausfordernden Kürze. So z. B. heißt es S. 47.:

> „Nach preußischem Rechte steht fest, daß in Beziehung auf die Form der (nicht Immobilien betreffenden) Verträge ebenfalls die Regel: locus

Digitized by Google

regit actum und zwar im Sinne des gemeinen Rechtes gilt. §§. 111—114. I. 5. Bds. Streitig aber ist, ob sich diese Regel auch auf die Form der Testamente erstreckt. Koch verneint dies, während Löwenberg durch Combination der Vorschriften des Landr. mit §. 115. I. 10. A. G. O. zu der entgegengesetzten Annahme gelangt".

Eine Anmerkung enthält die Bezeichnung der Ausführung beider Meinungen. Aehnlich sind die Fragen, nach welchen Gesetzen sich die Extinktivverjährung und nach welchen die Geltendmachung der Ansprüche einer Geschwächten gegen ihren Schwängerer richten, mit Berücksichtigung der einschlagenden Obertribunalsentscheidungen in einer zum Selbststudium anregenden Weise behandelt. Besonders lobende Anerkennung verdient auch die auf drei Seiten zusammengedrängte Behandlung der Lehre von der Naturalobligation nach römischem, gemeinem und preußischem Rechte, welche trotz aller Kürze ausreichenden Anhalt zum vollständigen Studium der ganzen Lehre und der vielen sich durchziehenden Streitfragen, so wie die besten Mittel für dieses Studium an die Hand gibt.

Der erste Titel des Landrechts wird von Seite 77. bis incl. Seite 108., der zweite bis 125., der dritte bis 161., der vierte bis Seite 198. und ein Theil des fünften bis zum Schlusse des Bandes Seite 234. behandelt. Hier sind namentlich die Behandlung der Lehre von der Infamie, welche bis auf die neueste Gesetzgebung in aller Gedrängtheit vollständig durchgeführt ist (Seite 84. u. ff.), die Lehre von der culpa mit verständiger Berücksichtigung des berühmten Hasse'schen Werkes (S. 126. u. ff.), die Lehre vom casus (S. 143. u. ff.) und die Lehre vom Irrthum (S. 164. u. ff.) für sehr gelungen zu erachten. Das Capitel über Verträge ist eingeleitet durch einen besondern Abschnitt über „Begriff und Hauptarten der Obligationen"

Digitized by Google

(S. 199. ff.), wobei nicht unterlassen ist, die im Landrecht unklar gegebenen Definitionen in gehöriger Schärfe hervorzuheben, z. B. den Unterschied zwischen Correal-Obligation und Solidarobligation nach den Ergebnissen der Ribbentrop'schen Untersuchungen klar hinzustellen.

Nach dem im ersten Bande von dem Verfasser Geleisteten steht auch von den ferneren nur Erfreuliches zu erwarten. Möge das Werk namentlich unter den angehenden Praktikern, diejenige Anerkennung finden, welche es verdient. Was ihnen durch Repetenten an übersichtlicher Darstellung der Masse des Positiven gegeben werden kann, bietet dieses Werk vollständig. Dazu aber hat es den Vortheil der Anregung zum weitern Studiren, ja es ist nicht möglich, dieses Buch als eine Esselsbrücke zu gebrauchen, weil der Verfasser oft genug den Leser auf bestimmte Gesetzesstellen und deren inneren Zusammenhang hinweist, ohne denselben gerade mit Worten auszudrücken.

Digitized by Google

IV.

Nach der Nassau-Oranischen Landesordnung haftet die Frau, welche ihrem Manne in dem Ladengeschäfte durch Verkaufen von Waaren und Einnehmen von Geldern an die Hand geht, dem Handlungsgläubiger mit ihrem Vermögen solidarisch.

(Or.-Nass. Landes-Ordn. Th. IV. Cap. XV. §. 2.)

Rechtsfall,

mitgetheilt

von

Sommer.

Die Frau des Kaufmann Adolph Heinrich Börner in Siegen ward, nachdem ihr Mann in Concurs verfallen, darum vom Kaufmann Bröckelmann zu Neheim für die Handelsschuld angehalten, weil sie zu offenem Laden mitgesessen, den Laden ihres Mannes mitbedient; durch das Erkenntniß des Kreis-Gerichts Siegen vom 19 März 1852. ward sie dem Klageantrage gemäß verurtheilt. —

Gründe.

Kläger verlangt von der Verklagten 113 Thlr. 2 Sgr. 5 Pf. nebst Zinsen seit dem Tage der Klageinsinuation,

Digitized by Google

dem 17. Novbr. 1851. Er gründet seinen Anspruch darauf, daß Letztere den Laden, zu welchem die in der Klagerechnung verzeichneten Waaren zu den beigesetzten Preisen und Zielen, auf Bestellung des Ehemannes der Verklagten bezogen worden, durch Waarenverkauf und Einziehung der Gelder von den Kunden mit bedient habe. Hiernach folgert Kläger den gemeinschaftlichen Betrieb des fraglichen Geschäftes von Seiten beider Eheleute, behauptet solidarische Haftbarkeit derselben für die Handelsschulden und macht darauf aufmerksam, daß die Eheleute A. H. Börner, von denen der Ehemann inzwischen in Conkurs versunken, hierselbst ihren ersten Wohnsitz genommen.

Die Verklagte hat hiergegen verschiedene Einwendungen opponirt, die weiter unten ihre rechtliche und thatsächliche Erörterungen finden werden, nämlich 1. daß sie eine gemeinschaftliche Handlung mit ihrem Ehemann nicht betrieben, 2. daß sie weder Bestellungen bei Kläger gemacht, noch Waaren von demselben bezogen habe. Für beide Punkte tritt dieselbe Beweis an, gibt aber zu, als Gehülfin ihres Ehemannes, als Mitglied seiner Familie den Laden bedient zu haben.

Die Einreden der Verklagten machen zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites eine nähere Betrachtung der hier einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen nöthig.

Nach der Nassauer-Katzen-Ellenbogenschen Landes-Ordnung, welche bei der Suspension der 3 ersten Titel des II. Theiles des A. L. R. hier in Betracht kommt, besteht unter Eheleuten die communio adquaestus, die s. g. Gemeinschaft der „Errungenschaft" der „erkoberten" oder „wohlerworbenen Güter." Zur Begründung dieses Güterverhältnisses genügt die kirchliche Trauung an sich nicht, sondern die civilrechtlichen Folgen der Ehe gründen sich erst auf das „eheliche Beilager" (wenn die Decke beschla-

Digitized by Google

gen über dem Kopf ist.) Wenn dieses Requisit vorhanden ist, so tritt, in Uebereinstimmung mit den hier einschlagenden deutschrechtlichen Bestimmungen, auch nach hiesigem Rechte eo ipso, ohne daß es einer besonderen Verabredung bedürfte, die oben bezeichnete Gemeinschaft ein, ja, es muß, falls dieselbe nicht stattfinden soll, ein s. g. „Ehegeding" „Heurathsabrede" (Ehezärter, Ehestiftung, pacta dotalia) unter gewissen, bestimmt vorgeschriebenen Formalitäten abgeschlossen wurden. Entsprechend diesem Güterverhältnisse und in Wechselwirkung damit ist die Intestaterbfolge des überlebenden Ehegatten in den Mobiliarnachlaß, sein Antheil an der Errungenschaft, seine Haftung für die auf der Erbschaft stehende Schulden und endlich die testamentarische Kraft des „Ehegedings." Erbt der Ueberlebende die gesammten Mobilien, so soll er auch alle Schulden des Verstorbenen tragen, erbt er die Hälfte des beweglichen Vermögens, so hat er auch nur einen ratirlichen Antheil an den Schulden zu übernehmen. cfr. N. C. L. O. p. 4. c. VII. n. III. c. XV.

Der Gesetzgeber hat nun den Fall vorausgesehen, wo dem letztlebenden Ehegatten Schulden aufgebürdet werden, ohne daß er in den angeführten ehelichen Güterverhältnissen Ersatz dafür findet. Er führt zur Vermeidung eines solchen materiellen Unrechts das beneficium abstinendi mit der altdeutschen Frist von 30 Tagen für den Letztlebenden ein, wornach dieser sich durch Verzicht auf sein Erbe, den statutarischen Nießbrauch, sein Errungenschaftsantheil, von der Schuldhaftung gänzlich befreien kann. (cfr. N. C. L. O. pag. 4. c. XV.) Für einen abstinirenden Ehegatten soll also die Ehe in Bezug auf das Vermögen keine Veränderung hervorrufen. Was er in die Ehe gebracht oder was ihm während derselben „absonderlich" geschenkt oder „aufgestorben," nimmt er zurück, alles Uebrige bleibt dem Nachlasse, weder „lust," noch „leid" der

Digitized by Google

ehelichen Güterverhältnisse folgt ihm, denn er muß nicht allein auf sein eigentliches Erbe, sondern auch auf den ihm titulo singulari anfallenden statutarischen Nießbrauch, wie auf die Hälfte der erkoberten Güter, „als die ihm ohne das gebühren." (N. C. E. L. O. p. 4 c. VI. u IV.) verzichten.

Indeß bei dieser fast zu großen Begünstigung der Ehegatten dem Dritten gegenüber, konnte auch andererseits für die dringendsten Fälle die Sicherung der Gläubiger nicht außer Acht bleiben. Wie die deutschrechtliche communio omnium bonorum und ihre Consequenzen dem erwachenden Verkehr der Städte und der dadurch nothwendigen Hebung des Credits zum großen Theil ihre Entstehung verdankt, so rief auch in unserer Partikulargesetzgebung ohne Zweifel der regere Handelsverkehr Bestimmungen hervor, die in der solidarischen Haftbarkeit handeltreibender Eheleute (Krämer, Wirthsleute) für die Schulden eine Anlehnung an den Satz enthalten: „die den Mann trowt, die trowt ock die Schulden." In c. XV. n. II. pg. 4. d. N. C. L. O. findet sich der Satz ausgesprochen, daß im „Fall beide Eheleute mit einander in offenem Laden gesessen, Krämerei, Wirthschaft und gesammte Parthierung, auch gemeine Herberg gehalten, und Schulden hierbei gemacht und hinterlassen hätten," das letztlebende sich des erwähnten benef. abstinendi nicht bedienen könne, „sondern sollen dieselben Schulden, sowohl aus des verstorbenen, wie des letztlebenden Gütern bezahlt werden." c XIV. pg. I. bestimmt in gleicher Weise, daß ein Weib, welches „mit ihrem Manne in einem gemeinen Handel und Gewerbe, als in offener Wirthschaft oder offenem Kram sitzen würde," sich des S. c. vellejani, wie der Auth. si qua mulier nicht bedienen könne. Die Haftung handeltreibender Eheleute ist sonach eine solidarische für die Schulden des Handels, und zwar, sowohl bei lebzeiten beider, als im

Digitized by Google

andern Falle. — Es fragt sich nur, welche Erfordernisse stellt das Gesetz auf, um Eheleute in der angegebenen Art für haftbar ansehen zu können? Verlangt es Gemeinsamkeit des Geschäfts oder genügt das gewöhnliche eheliche Güterverhältniß, die Gemeinschaft des Erwerbs aus dem Handel mit Hinzutritt gewisser äußerer Requisite?

Man muß sich unbedingt für das letztere aussprechen. Wäre eine Gemeinschaft des „Krams“ an sich, ein gemeinsames Eigenthum an demselben erforderlich, so würde die Bestimmung des Gesetzes nichts von der Regel abweichendes enthalten, sie würde zugleich rein überflüssig sein. Denn beide Ehegatten sind bei gemeinsamem Geschäfte als selbstständige Contrahenten neben einander und dem dritten gegenüber für die ganze Schuld verhaftet. Keiner der Ehegatten kann sich aber auch beim Tode des Andern, bei gemeinschaftlichem Eigenthum am „Kram“ der Schulden durch das beneficium abstinendi, ohne daß es einer Bestimmung hierüber bedürfte, entziehen, denn „ein offener Kram und was daraus täglich verkauft und wieder zur Erhaltung desselben eingekauft wird, soll (cfr. pag. 4. c. X. n. II.) für keine „Fahrnüß,“ sondern in der Vererbung gleich den unbeweglichen Gütern geachtet und deshalb auch die Schulden, so hiervon rühren, und entweder zu bezahlen oder einzufordern stehen, den Erben derselben Güter einzusammeln, resp. zu bezahlen zuerkannt werden.“ Wenn aber ein „offener Kram“ dem letztlebenden zum Theil eigenthümlich zugehört, so fällt ihm das Theil nicht als Erbe — er ist ja auch nur Mobiliarerbe — zu, sondern es bleibt, wie es war, sein Eigenthum. Das, was einem Ehegatten eigenthümlich zusteht, was er in die Ehe gebracht, mag er hinwegnehmen, wenn er sich des benef. abst. bedienen kann und will, (pg. c. XV. n. III.) allein das gedachte beneficium wird und kann ihn niemals von

Digitized by Google

den auf seinem „zugebrachten“ Gut „stehenden Beschwerungen“ befreien. (pg. 4. c. VII. n. III.)

Nach allem diesem haben die Bestimmungen der N. E. L. O. einen andern Sinn und müssen eine andere Bedeutung haben, wenn durch sie Handel und Wandel, der Credit, begünstigt werden soll. Ließe das Gesetz den Beweis darüber, daß der eine Ehegatte kein Eigenthum am „Krame“ habe, zu und bezeichnete denselben für erheblich, so würde es hiermit in den meisten Fällen seine dem Credit wohlthätig sein sollende Anordnung untergraben und dem hiernach unbetheiligten Ehegatten es ermöglicht, durch manigfache Vindikationen wirklich und angeblich inferirten Gutes die Objecte der Befriedigung des Gläubigers auf eine pure Null zu reduziren.

Es kann als unzweifelhaft hingestellt werden, und die Entscheidung der Gerichtshöfe, der hiesige materielle Gerichtsgebrauch, ja selbst das hiermit stimmende judicium populi bestätigen es, daß das Gesetz zur Begründung der solidarischen Haftbarkeit, welche klar in pg. 4. c. XV. n. II. ausgesprochen ist, nichts weiter verlangt, als daß der „Kram“ von einem der Ehegatten in die Ehe inferirt ist und daß als äußeres Kennzeichen davon die Bedienung des Ladens, „das Sitzen im offenen Laden“ von Seiten der Eheleute hinzugetreten ist. Es soll aber nach pg. 4. c. IX. n. I. alles dasjenige, welches die Eheleute aus der „Krämerei“ durch Gottes Segen mit mühsamem Fleiß und guter traulicher Haushaltung (uxor laborum periculorumque socia) erworben, für ein gemeines erkobertes Gut erachtet werden. Demnach ist gewiß, daß ein Ehegatte zur solidarischen Haftung wegen Handelsschulden dann gezogen werden kann, wenn er den „Kram“ bedient und nicht zu beweisen vermochte, daß der Ertrag des Krams von der ehelichen Errungenschaft in gesetzlicher Weise ausgeschlossen war, er also keinerlei Verwendung davon in

Digitized by Google

partem suam haben konnte. Auf diese Gemeinschaft des Erwerbes und darauf, daß selbst der nicht eigenthümlich am „Kram“ betheiligte Ehegatte denselben nicht als Gehülfe bedient, sondern auch für sich, für die gemeinschaftlicher Betrieb stattfindet, beziehen sich die Worte N. C. L. O. „miteinander“ „gemein“ gesammt. —

Wenn nun aber auch eine Gemeinschaft des Krams, was nicht ist, von dem Gesetze verlangt wäre, so ist nach der obigen Deduction klar, daß in diesem Falle, wenn nicht die besondere Bestimmung der N. K. L. O. rein überflüssig erscheinen soll, das Sitzen eines Ehegatten im Laden, das Bedienen desselben, sei es in welcher Eigenschaft es wolle, genügend wäre, um die Gemeinschaftlichkeit des Geschäfts ohne Zulässigkeit eines Gegenbeweises rechtlich anzunehmen. Derartige Bestimmungen enthält allerdings und zwar in sehr scharf ausgeprägter Form die in unserm Nachbarlande Wittgenstein-Berleburg zur Anwendung kommende Gerichts-Ordnung des Grafen Ludwig de dato Berleburg, den 27. Juni 1569. *

---

* Diese bestimmt Folgendes. Tit. XVI. §. 1: „In den Fällen, darin das letztlebende allein usumfructum der liggende Gütter hat vnd die farende Habe ganz erobert, soll es auch alle Schuld vor vnd in der Ehe, wie die gemacht ist, ganz bezalen. §. 2. Wo aber das letztlebend usumfructum der ligzenden Güter vnd die farende Hab nit annemen, sondern sich derselben entschlagen will, ists zu bezalen nitschuldig, dann so viel es die Obligation betreffen würde. §. 3. So aber zwey Eheteute vermischte Gütter haben, vnd das letztlebende seine Güttern von dem erstverstorbenen absondern oder abtheilen will, soll er vor Schultheiß vnd Schöffen protestiren, das es des Verstorbenen Gütter nit annemen wolle, mit bitt vnd begerre, seine Gütter von des erstverstorbenen Güttern abzutheilen zu gestatten, das jene also dann vergünnet würdt, vndt hat stadt vndter Eheleuten die nit Handel oder Kauffmannschaft treiben. §. 4. Dieweil aber inn Kaufhändeln und Krämerei, so zwei Eheleute einen gemeinen Handel haben, schwerlich ist solche Absonderung

Digitized by Google

Was hat also ein Gläubiger, welcher einen Ehegatten auf die ganze Handelsschuld belangen will, zu beweisen? lediglich, daß Letztere den Laden, „den Kram," wodurch die Schulden entstanden, bedient. Wenn dieses erwiesen ist, muß die Haftbarkeit des Belangten so lange angenommen werden, bis er durch gültige Ehestiftung darthut, daß der Erwerb des Geschäfts von der ehelichen Errungenschaft ausgeschlossen ward.

Nach dieser rechtlichen Erörterung finden die Einreden der Verklagten leicht ihre Erledigung.

1. Es war klägerischerseits darüber der Eid deferirt,

---

vnd Abtheilung der Gütter zu thun. So nun sie beyde handeln oder die Hausfrawe im offenen Kram sitzet, kaufft und verkaufft, Geld einnimpt, Megister bei jn helt oder dergleichen Handel übet, ist ir jndes in solidum die Schuldt, so ausz den Handeln erwachsen, zu bezahlen schuldig und ist darin keine absonderung, es sei dann zuvor alle Schuld bezalt, und ist jr keins ledig, es wollte sich dann gebrauchen der Freyheit genannt cessionis bonorum wird von Hab und Gut austretten nach Jnhalt der Rechte. §. 5. Und damit diejhenigen, so mit jenen handeln, nit im unbilligen Schaden oder das jnen nie Verlust gefürt werde, so mag das Weib inn ihren zugebrachten Güttern ihre Zugifft, das ist dotem berürende keiner Auszug habene oder gebrauchen, sondern seinen dieselben gleich andern Güttern unbezalung verhafft. §. 6. Wo aber ein Mann durch sich selbst oder seine Diener onn sein ehelich Weib handelte, ist alsdann das Weib, noch ihre Gütter, es sei dos oder parafernalia für des Manns schuldt nit verhafft, doch das alßbaldt das Weib ihre Gütter in dem Fall vor deß Manns Güttern, wie vorlaut, absondern lasse. §. 7. Wo aber jrer eines in dem Fall Betrug suchen, also dan das Weib des Manns Gütter als ob jr die gegeben oder verschrieben in was Titel das wäre, verteidigen wolt, ist solches alles unrefftig, wirdt als zu Betrug der Gläubiger revocirt vnd wiederrufft." (S Rintelen Provinzialrecht des Herzogth. Westphalen und der Grafsch. Wittgenstein-Wittgenstein und Wittgenstein-Berleburg S. 368., 369.)

Dr. Sommer.

Digitized by Google

daß Verklagte den Laden bedient, und die Gelder darin eingenommen habe.

Letztere acceptirte den Eid dahin, daß sie mit ihrem Manne eine gemeinschaftliche Handlung nicht betrieben. Diese Acceptation war, wie Verklagte meint, nicht nur unerheblich, weil dadurch der Eid einen Rechtsbegriff involvirte, sondern auch hauptsächlich deshalb, weil er darüber gar nicht deferirt worden. Kläger hatte über das factum des Sitzens im offenen Laden, des Verkaufens und des Geldeinziehens den Eid zugeschoben. Dieser Eid ist nicht acceptirt worden, derselbe aber auch nach dem eigenen Zugeständnisse der Verklagten, den Laden bedient zu haben, irrelevant. Es ist bereits auseinandergesetzt, daß der am Laden nicht eigenthümlich betheiligte Ehegatte, im Fall der Erwerb des ersteren nicht ausdrücklich und gehörig von der gemeinsamen Erkoberung ausgeschlossen ist, in demselben nicht als Gehülfe des andern, sondern für eigenen Vortheil thätig ist, also, wie schon gesagt, am Betriebe des Ladens Theil nimmt.

Die desfallsigen Ausführungen des Verklagten waren daher ohne Bedeutung zur Sache. Wenn Verklagte zugibt, in Siegen ihren ersten Wohnsitz mit ihrem Manne gehabt zu haben, so kann es als völlig unerheblich betrachtet werden, wenn sie behauptet, das A. L. R. verlange zur Begründung eines gemeinschaftlichen Handels einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag und modificire dadurch die N. K. L. O. Es handelt sich hier um eheliche Schuldverhältnisse, welche lediglich auf den oben auseinander gesetzten Bestimmungen beruhen. Es ist ferner der Einwand ohne Gewicht, daß der Ehemann der Verklagten, das Geschäft schon vor Eingehung der Ehe betrieben habe, und war daher der hierüber angetretene Beweis nicht zu erheben, da Ausschließung des Ladenerwerbs von der gemeinsamen Erkoberung nicht

Digitized by Google

einmal behauptet, die Bedienung des Ladens aber zugestanden worden.

Aus demselben Grunde kommt es

II. ebensowenig auf den von der Verklagten dem Kläger darüber deferirten Eid an, daß sie demselben durch ihre Vermögensverhältnisse weder zur Anknüpfung noch Fortsetzung des Geschäftsverkehrs Veranlaßung gegeben, als darauf, daß Kläger mit dem Ehemanne der Verklagten direct kontrahirt habe.

Kläger hatte aber ferner den Eid darüber zugeschoben, daß zu der Handlung, worin die Verklagte den Laden bedient, auf Bestellung des Ehemanns derselben, die in der Klagerechnung aufgeführten Waaren zu den beigesetzten Preisen und Zielen bezogen worden. Die Verklagte legte dieser Thatfrage einen andern Sinn bei und acceptirte den Eid darüber, daß sie durch ihren Ehemann weder Bestellungen gemacht noch Waaren von dem Kläger bezogen habe. Auch dieser Eid kann daher für nicht acceptirt angesehen werden und steht somit die Richtigkeit der eingeklagten Forderung rechtlich außer Zweifel.

Steht diese fest, so sind, da der fragliche Laden von der Verklagten, eigenem Zugeständnisse nach, bedient, die Einrede aber, daß der Erwerb des Ladens in gehöriger Weise von der gemeinsamen ehelichen Erkoberung ausgeschlossen, nicht gestellt worden, also ein gemeinsamer Betrieb des Geschäfts von Seiten beider Eheleute anzunehmen ist; die Requisite zur Anwendung der in pag. 4. c. XV. n. II. enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen gegen die Verklagte vorhanden.

Es war daher in der Hauptsache lediglich, wie geschehen, zu erkennen. Der Kostenpunkt rechtfertigt sich durch §. 2. Tit. 23. Th. I. der A. G. O.

Digitized by Google

Die Verklagte appellirte. Das Appellations-Gericht zu Arnsberg bestätigte aber am 3. Juli 1852. das erste Erkenntniß.

Gründe.

Die Beklagte hat gegen das Urtel des Kreisgerichts zu Siegen rechtzeitig appellirt; sie hält die Auslegung, die der erste Richter den hier zur Frage kommenden Bestimmungen der Landes-Ordnung gegeben, nicht für richtig. Die Landes-Ordnung verlangt nach ihrer Ansicht mehr, als daß die Frau ihrem Manne im Laden blos behülflich gewesen; die Frau, bemerkt Appellantin, müsse sich so benommen haben, daß sie für das Geschäft ihren persönlichen Credit hergegeben habe, um überhaupt für die Handelsschulden des Mannes haftbar zu sein. Ihr, der Beklagten Benehmen, sei aber nicht derartig gewesen. Dann müsse aber auch, um eine Haftbarkeit der Frau anzunehmen, noch festgestellt werden, daß die Handlung gemeinschaftlich gewesen, was im vorliegenden Falle auch nicht geschehen sei.

Appellantin bittet um Aufhebung des ersten Erkenntnisses und um Abweisung der Klage event. nur um Verurtheilung zur Zahlung der Hälfte der Forderung. Für den letzten Antrag beruft sie sich auf das Nassauische Declarations-Edict vom 27. April 1784.

Appellant ist bei seinen früheren Ausführungen stehen geblieben, hat die Anwendbarkeit des Declarations-Edicts bestritten, weil sich dieses nur auf die Verhältnisse der Juden beziehe, und hat um Bestätigung des ersten Urtels gebeten.

Diese mußte auch erfolgen, und zwar auf Grund des §. 2. Kap. XV. P. IV. der Nassau-Katzenellenbogen'schen Landes-Ordnung. Es heißt im Anfange dieser Gesetzesstelle, daß der überlebende Ehegatte keinerlei Schulden des überlebenden zu bezahlen schuldig sei, sobald er nur

Digitized by Google

in der gehörigen Zeit auf die portio statutaria und seinen Antheil an der Errungenschaft verzichte. Dann heißt es wörtlich weiter:

„Doch aber, und zum Fall beide Eheleute mit einander zu offenem Laden gesessen, Krämerei, Wirthschaft, und gesammte Parthierung, auch gemeine Herberg gehalten, und Schulden hierbei gemacht, und hinterlassen hätten, so soll das Letztlebend sich vorangeregtes Beneficii nicht zu gebrauchen haben, sondern sollen dieselben Schulden, sowohl aus des Verstorbenen, als des Letztlebenden Gütern bezahlt werden."

Es ist dieser Gesetzesstelle eine sehr verschiedene Auslegung zu Theil geworden; man hat dem Gesetzgeber einen sehr gekünstelten Gedanken untergelegt, indem man z. B. behauptete, die Haftbarkeit der Eheleute sei erst anzunehmen, wenn nachgewiesen, daß das Geschäft den Eheleuten gemeinschaftlich gehört habe, und wenn nachgewiesen, daß die Eheleute das Geschäft auch gemeinschaftlich betrieben, mit einander in offenem Kram gesessen, gesammte Parthierung gehalten hätten. Unter dem Sitzen zu offenem Laden soll dann insbesondere noch zu verstehen sein, daß beide Ehegatten sich so gegen das Publikum benommen hätten, daß sie für die Handlung, das Geschäft, ihren persönlichen Credit hergegeben hätten.

Diese Auslegung widerstreitet aber dem natürlichen Wortsinne der Bestimmung der Landesordnung. Diese verlangt so wenig, daß das Geschäft, für dessen Schulden beide Eheleute für haftbar erklärt werden, beider Ehegatten gemeinschaftliches Eigenthum gewesen, wie es verlangt, daß beide Ehegatten im Geschäfte thätig gewesen sind.

Es heißt: Wenn beide Eheleute mit einander Krämerei, Wirthschaft und gesammte Parthierung oder gemeine Herberg gehalten und Schulden hierbei gemacht ha-

Digitized by Google

ben, so sollen diese aus den Gütern beider Ehegatten bezahlt werden. Die Ehegatten hatten aber schon mit einander Parthirung oder Krämerei, sobald, wie die Parthierung oder Krämerei auf gemeinschaftliche Rechnung beider geführt wird.. Dies ist der Fall nicht blos, wenn das Geschäft während der Ehe etablirt wird, sondern auch, wenn das Geschäft, wie im vorliegenden Falle nach der Behauptung der Beklagten der Fall sein soll, bereits vor Eingehung der Ehe vorhanden gewesen ist. In beiden Fällen fällt der Gewinn, wenn nichts anders in dieser Beziehung unter den Eheleuten abgemacht ist, nach ausdrücklicher Bestimmung der Landes-Ordnung, Thl. IV. Kap. IX. §. 1., was auch aus der Natur der Errungenschafts-Gemeinschaft folgt, in die Erwerbsgemeinschaft. Aber wie der Gewinn der Gemeinschaft zu Gute kommt, so trifft auch der Verlust die Gemeinschaft. Für Schulden, welche der Ehemann, auf dessen Namen im vorliegenden Falle das Geschäft allein geführt worden ist, bei der Führung des Geschäfts macht, muß die Ehefrau mitachten, weil sie auch den Nutzen, der aus der Geschäftsführung ihres Mannes entspringt, mit diesem theilt. Die Ehefrau braucht nicht mit contrahirt zu haben, sie braucht auch nicht einmal bei der Geschäftsführung direct sich betheiligt zu haben, um haftbar zu sein.

Aus den Worten der Landesordnung: „mit einander zu offenem Laden sitzen“ kann man nicht das Erforderniß der directen Mitbetheiligung ableiten.

Diese Worte heißen Nichts anders, als: „zusammen einen offenen Laden halten.“ Warum sollte auch bei dem Halten eines Ladens eine unmittelbare Theilnahme der Frau nothwendig sein, da dieselbe doch bei dem Halten einer Wirthschaft, einer Herberg ꝛc. nicht unbedingt nöthig ist?

Wollte man aber auch wirklich dem Sitzen zu offenem Laden eine andere, als die eben angegebene Bedeu-

Digitized by Google

tung beilegen und darin irgend eine directe Mitwirkung der Frau an dem Ladengeschäft finden, so würde doch die Frage, in wie weit die Mitwirkung der Frau bei dem Betriebe des Geschäfts sich erstreckt haben müsse, um dieselbe für haftbar zu erklären, nicht beantwortet werden können, weil dazu das Gesetz gar keinen Anhalt gewährt.

Ist es etwa genug, daß sich die Frau blos im Laden zeigt oder muß sie, wie im vorliegenden Falle geschehen ist, wenigstens beim Verkaufen der Waaren und Einnehmen der Gelder behülflich sein, oder muß sie sich gar so gerirt haben, daß sie die Handelsfreunde ihres Mannes zum Creditgeben verleitet hat, oder muß sie endlich gar selbst Waarenbestellungen gemacht haben? Jede dieser Annahmen würde willkührlich sein.

Die obige einfache und natürliche Auslegung ist auch Seitens des Nassauischen Oberappellations-Gerichts in Wiesbaden adoptirt worden.

Cfr. v. d. Nahmer: Rechtssprüche Bd. I. p. 60—61.

Man hat diese Auslegung deßhalb nicht für richtig gehalten, weil demnach in der Regel jede Ehefrau für alle Handelsschulden ihres Mannes ohne Weiteres haftbar sein würde.

Dies Letztere ist nun auch vollkommen richtig und nichts Abnormes, denn ähnliche Bestimmungen, wie die der Landesordnung, woraus auch ähnliche Folgerungen zu ziehen sind, finden sich auch in andern Particularrechten — cfr. Scheerer: Gütergemeinschaft Bd. II. §. 309. —

Sie sind zur Aufrechthaltung des Credits der Kaufleute gegeben.

Die Worte der allegirten Bestimmung der Landesordnung ergeben deutlich, daß nur von einer solidarischen Haftbarkeit der Eheleute, nicht aber von einer Haftbarkeit pro rata die Rede sein kann.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen mußte das erste Urtel lediglich bestätigt werden.

Nachtrag von Sommer.

Uebrigens hatte die Appellantin sich auch noch auf die Nassau'sche Verordnung vom 27. April 1784. berufen, welche den §. 40. der Nassau'schen Juden-Ordnung v. 17. Jan. 1770. (Weisthum Th. II. §. 2. S. 239.)

„Sollte ein Jude in Abfall der Nahrung gerathen, und über sein Vermögen ein concursus creditorum entstehen, und soll alsdann dessen Eheweibe, in Ansehung ihrer Illatorum, kein Vorzugsrecht zustehen, sondern deren eigenes Vermögen mit zur Concursmasse gezogen, und zur Bezahlung der Schulden verwendet werden,"

dahin abändert:

„Hierbei hat es insofern sein Bewenden, wenn die Frau mit dem Manne einen gemeinschaftlichen Handel getrieben, nach Anleitung der Landesgesetze, so daß die Frau die Hälfte der Schulden zu bezahlen verbunden ist."

Hieraus hatte Piners in seiner Abhandlung in unserm Archiv Bd. IV. S. 370. abgeleitet, daß also überhaupt die mit handelnde jüdische Frau, da sie eben nur nach Anleitung der Landesgesetze haften solle, nur für die Hälfte der Handelsschuld hafte, also auch die christliche Frau. Rintelen in Partikular-Recht des Fürstenthums Siegen ꝛc. Thl. 2. S. 40. ff. hatte aber schon mit Rechte erwiedert, daß nicht zu erwarten, daß in jener Verordnung v. 27. April 1784. so nebenbei eine Declaration oder vielmehr Abänderung der Vorschrift Th. IV. Kap. 15. 5. 2. in fine wegen der Verbindlichkeit der Eheleute zur Schulden-Zahlung bei einem gemeinschaftlichen Handlungsgeschäfte zu finden. — Es ist daher auch in der hier vorliegenden Entscheidung auf jenen Zweifelsgrund keine Rücksicht genommen.

Digitized by Google

V.

I. Eine mit ihrem Manne in der Oranien-Nassauischen Güter-Gemeinschaft lebende Ehefrau, welche mit ihrem Manne zu offenem Kram und Laden sitzt, ist nicht berechtigt, den ganzen Waarenvorrath durch einen einzigen Akt auf einen Dritten zu übertragen.

(Or. Nass. Landes-Ordnung Thl. I. Kapit. 15. §. 14. Thl. IV. Kap. 10. §. 2. Kap. 15. §. 2. N. Archiv IV., 303.)

II. Wenn eine in Folge des Ges. vom 4. Juli 1822. dem Gläubiger assignirte Forderung vor eröffnetem Concurse noch nicht bezahlt ist, fällt sie der Concurs-Masse zu; die Assignation selbst ist aber nicht ungültig, sondern gibt das Recht der fünften Classe im Concurse.

(A. G. O. I., 50. §. 40. Ges. vom 4. Juli 1822. Verordnung vom 4. März 1836. §. 15.)

III. Die vom Executions-Richter geschehene Ueberweisung einer Forderung des Schuldners in vim cessionis erlangt ihre Wirksamkeit sofort, und nicht erst vom Tag der Insinuation.

(Ges. v. 4. Juli 1822. §. 6. A. L. R. Th. I. Tit. II, §. 393.)

Rechtsfall,
mitgetheilt von **Sommer.**

Die obigen wichtigen Rechtssätze sind in den folgenden Erkenntnissen ausgesprochen.

Digitized by Google

Im Namen des Königs!

In Sachen des Kaufmanns Tilman Ferdinand Schuß zu Freudenberg, Verklagten und Apellanten, gegen den Rechtsanwalt Macco zu Siegen, als Kurator der Johann Siebel'schen Konkursmasse, Kläger und Appellaten,

hat der Civil-Senat des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung v. 29. Jan. 1851., an welcher die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, Schmidt, Stündeck und Schulz und der Kreisrichter Westermann Theil genommen haben, für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der ersten Abtheilung des Kreisgerichts zu Siegen vom 14. Juni 1850. dahin abzuändern, daß in Beziehung auf die, dem Verklagten von der Ehefrau Siebel überlassenen Waaren, der Antrag auf eidliche Manifestation zurückzuweisen, im Uebrigen das gedachte Erkenntniß zu bestätigen, Verklagter auch sämmtliche Kosten mit Ausnahme eines, von dem Kläger zu den gerichtlichen Kosten zu leistenden Beitrages von 2 Rthlr., allein zu tragen schuldig.

V. R. W.

Gründe.

Der Verklagte fühlt sich dadurch beschwert, daß in sententia a qua

1) erkannt ist, daß die dort aufgeführten, zu Gunsten des Verklagten erfolgten Ueberweisungen mehrerer Aktivforderungen des Johannes Siebel für ungültig zu erklären, und Verklagter verurtheilt ist, sich jeder Disposition darüber zu enthalten, auch solche so weit er sie bereits eingezogen habe, zur Masse zurück zu zahlen.

Digitized by Google

Diese Beschwerde erscheint ungegründet; die Verfügung, durch welche der Konkurs über das Vermögen des Johannes Siebel eröffnet wurde, ist vom 15. Mai 1848. datirt, am 19. ejusd. aber erst publicirt; die Ueberweisungs-Dekrete, um die es sich hier handelt, sind sämmtlich vom 18. Mai 1848. datirt, und mit alleiniger Ausnahme derjenigen Ueberweisung, welche sich in den Akten S. 404. de 1848. findet und in vim cessionis beantragt und erfolgt ist, sind alle andere Ueberweisungen in vim assignationis geschehen.

Hätte der Kridar die zuletzt gedachten Ueberweisungen selbst, und zwar schon vor Eröffnung des Konkurses vorgenommen, die Zahlung wäre aber nicht auch schon vorher erfolgt, so würde die angewiesene Post der Masse verbleiben, selbst wenn die Assignation von dem Assignaten bereits acceptirt worden wäre;

(§. 40. I. 50. A. G. O.

§. 1295. 1296. Tit. 18. p. II. Ldr.)

wenn man nun auch ohne Weiteres annehmen darf, daß die Insinuation einer Ueberweisungs-Verfügung an den Schuldner des Exequendus mit der Acceptation einer Anweisung einerlei Wirkung hat, so ist die Frage: ob die Ueberweisnngs-Verfügungen im vorliegenden Falle am 18. oder 20. Mai 1848. insinuirt sind, betreffs der Ueberweisungen in vim assignationis, völlig gleichgültig, da so wenig behauptet als erwiesen wird, daß die überwiesenen Forderungen schon vor der Eröffnung des Konkurses, am 19. Mai 1848., an den Verklagten bezahlt sein: ist dies, wie nach Lage der Akten anzunehmen, nicht geschehen, so verbleiben die überwiesenen Forderungen nach klarer Vorschrift der Gesetze, der Masse, und der Konkurskurator ist zu deren Verfolgung gegen den Assignatar wohl befugt, weil dieser, der Verklagte, die Gültigkeit der Ueberweisungen fortwährend behauptet, und der Streit nur mit ihm

Digitized by Google

ausgetragen werden kann; — was die ein
Ueberweisung in vim cessionis anlangt,
theilung der Sache hier zwar unter ein
punkt, das Resultat ist aber dasselbe;
ist nach der Relation des Boten de
20. Mai 1848. insinuirt; das Insinua
keinem Zweifel Raum, um so weniger,
gen übereinstimmt, welche sich in den A
chen die andern Ueberweisungen erfolgt
fügung selbst erst am 18. Mai erlasse
hat der Verklagte bei seiner Unterscl
sinuations-Dokumente als Tag der
18. Mai 1848. vermerkt; — er hätt
beliebige Datum bei seiner Unterschrift
daß dadurch die amtliche Relation de
werden würde.

Die Cession konnte selbstverständlich
blicke als geschehen betrachtet werden,
das Schriftstück zugestellt wurde; da die
20. Mai 1848. geschehen, am 19.
aber schon eröffnet war, so muß die Ce
behandelt werden, da der Schuldner na
kurse nicht mehr cediren konnte, und
Richter nicht mehrere Rechte beigelegt
dem Kridar zugestanden haben würden.

(§. 34. 35. Tit. 50. I. A. G.

2) Die Beschwerde darüber, daß Ver
gabe der, von der Ehefrau des
ihm überlassenen Waaren, verurth
als eben so unbegründet dar, den
steht, daß die Ehefrau Siebel mit
offenen Laden" gesessen hat, und da
der gewöhnlichen Ladengeschäfte fü
ten ist, so war sie doch keinesweg

Digitized by Google

ganzen Waarenvorrath durch einen einzigen Akt auf einen Dritten zu übertragen und dadurch offenbar das ganze Handelsgeschäft faktisch aufzulösen.

Nach pars IV. cap. 10. §. 2. der Landesordn. soll ein offener Kram für keine Fahrniß, sondern in Vererbungsfällen den unbeweglichen Gütern gleich geachtet werden, und darüber kann nur der Mann verfügen, der dabei unter Umständen sogar an die Einwilligung der Frau gebunden ist.

Der zwischen der Ehefrau Siebel und dem Verklagten geschlossene Waarenkauf ist daher nicht rechtsbeständig; mit der Rescission desselben muß Verklagter die erhaltenen Waaren herausgeben, für die etwa nicht mehr vorhandenen Gegenstände Entschädigung gewähren, — und dagegen revivisirt seine Forderung, für die er sich durch den Kaufpreis der Waaren bezahlt machen wollte. —

Was endlich

3) die Beschwerde betrifft, daß Verklagter die qu. Waaren nach einem von ihm eidlich zu manifestirenden Verzeichnisse herausgeben solle, so ist dieselbe gerechtfertigt, — da ein Verzeichniß derjenigen Waaren vorliegt — fol. 53. seq. act. — welche der Verklagte von der Ehefrau Siebel erkauft hat, die Letztere solches vor Zeugen vollzogen hat und gegen die Richtigkeit desselben nichts erinnert ist, so läßt sich genau ersehen, worin die Waaren bestanden, und wie der Preis dafür im Einzelnen bestimmt ist. Ein gesetzlicher Grund für die Forderung des Manifestations-Eides ist demnach nicht vorhanden, und da das erste Urtel nur in diesem Nebenpunkte geändert, im Uebrigen aber bestätigt ist, so mußte der Kostenpunkt, wie geschehen, bestimmt werden.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

Digitized by Google

Im Namen des Königs!

In Sachen des Kaufmanns J. F. Schuß zu Freudenberg, Verklagten nun Imploranten,

wider

den Kurator der Johann Siebel'schen Koncursmasse, Rechtsanwalt Macco zu Siegen, Kläger nun Imploraten,

hat der vierte Senat des Königlichen Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 26. September 1851., an welcher Theil genommen haben:

der Präsident Dr. Götze
die Geheimen Ober-Tribunals-Räthe Gelpcke, Hoeppe, Gab, Dr. Waldeck,
der Appellationsgerichts-Rath Dr. Schütz,
der Obergerichts-Assessor Schmedding

für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Civil-Senats des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg vom 29. Jan. 1851. insofern zu vernichten, als darin über die in vim cessionis auf den Verklagten lautende Anweisung nach dem Klageantrage erkannt worden, und rücksichtlich der übrigen streitigen Anweisungen insoweit solche für ungültig erklärt worden sind, im Uebrigen die Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen, die Kosten derselben zu $^3/_4$ dem Imploranten, zu $^1/_4$ dem Imploraten aufzulegen, das im Gefolge des vernichteten Theils des Urtheils etwa Geleistete zu erstatten und $^1/_4$ der Kosten des Urtheils niederzuschlagen; zur Sache selbst in Betreff der in der Sache S. 409. erlassenen, in vim cessionis lautenden Anweisung von neuem in zweiter Instanz unter Beifügung der betreffenden Akten zu verhandeln und zu erkennen, in Betreff aller übrigen streitigen Anweisungen das Erkenntniß des Königlichen Kreisgerichts zu Siegen,

Digitized by Google

Abtheilung I. vom 1. Juni 1850. dahin abzuändern, daß der Antrag, diese Anweisungen für ungültig zu erklären, zurückzuweisen, wogegen es bei der Entscheidung, der gemäß Verklagter sich jeder Disposition darüber zu enthalten und solche, so weit er sie bereits eingezogen, zur Masse zurück zu zahlen hat, sein Bewenden behält, über die Kosten erster und zweiter Instanz die Definitiv-Entscheidung dem künftigen zweiten Urtheile vorzubehalten.

Von Rechts Wegen

Gründe.

Nach §. 40. Th. I. Tit. 50. der Allg. Gerichtsordnung verbleibt eine von dem Gemeinschuldner auf seinen Schuldner assignirte Post, wenn sie vor eröffnetem Konkurse noch nicht wirklich bezahlt ist, der Masse. Der Appellationsrichter wendet diese Vorschrift auf die dem Imploranten in Gemäßheit des Gesetzes vom 4. Juli 1822. im Wege der Exekution richterlich assignirten Aktiva des Gemeinschuldners Siebel an, da sie, wie feststeht, noch nicht bezahlt sind. Gegen diese Anwendung läßt sich nichts einwenden.

Denn wenn die Anweisung, welche in Gefolge jenes Gesetzes erfolgt, auch eine Art der Exekution ist, so dürfen derselben doch nicht mehr Wirkungen beigelegt werden, als einer von dem Schuldner selbst, an dessen Stelle der Richter tritt, ausgehenden Assignation. Als Beschlagnahme in executivis an und für sich betrachtet, würde sie ebenfalls dem Konkurskurator gegenüber keinen unbedingten Uebergang des Eigenthums auf den Exekutionssucher hervor bringen. Die gedachte Gesetzstelle ist daher dadurch nicht verletzt, daß der zweite Richter den Verklagten verurtheilt, sich der Disposition über die angewiesenen Aktiva zu ent-

Digitized by Google

halten, und solche, so weit er sie bereits eingezogen, zur Masse zurück zu zahlen.

Dagegen verstößt die Entscheidung, welche die Anweisungen selbst für ungültig erklärt, gegen den §. 15 der Verordnung vom 4. März 1834. Nach diesem Gesetze gewährt eine solche Anweisung das Recht der fünften Klasse, sie ist also nicht unbedingt ungültig, und es kann dem Imploranten das Recht, jenes Recht im Konkurse geltend zu machen, nicht entzogen werden. Insoweit war also das Erkenntniß zu vernichten, und in der Sache demgemäß zu entscheiden.

Eine der dem Verklagten ertheilten gerichtlichen Anweisungen lautet in vim cessionis. Bei dieser nimmt der Richter die Unverbindlichkeit, dem Konkurskurator gegenüber deshalb an, weil er feststellt, daß die Verfügung jedenfalls nach Eröffnung des Konkurses insinuirt worden, wenn sie auch vor derselben erlassen ist. Indem der Richter hier das Datum der Insinuation, nicht dasjenige des Erlasses der Verfügung zum Grunde legt, hat er sich des gerügten Verstoßes gegen §. 6. des Gesetzes vom 4. Juli 1822. und folgeweise des §. 393. Th. I. Tit. 11. des Allg. Ldr. schuldig gemacht. Denn nach §. 6. a. a. O. vertritt die übertragende Verfügung an den Exekutionssucher, der ein Aktivum in Zahlung annehmen will, die Stelle der Cession. Sobald also der Exekutionssucher durch seinen Antrag den Willen, die gesetzliche Cession anzunehmen erklärt, und der Richter die Verfügung dem entsprechend erlassen hat, ist alles erfüllt, was das Gesetz zur Vollständigkeit des Uebereignungsaktes verlangt, es ist den Erfordernissen, welche der §. 393. Th. I. Tit. 11. in dieser Beziehung aufstellt, in vollem Umfange genügt. Die Insinuation der richterlichen Verfügung gibt ihr nicht erst die Existenz, letztere ging vielmehr der Insinuation voraus. Mochte der Richter, so lange die Behändigung nicht erfolgt,

Digitized by Google

seinen Akt zurücknehmen können; dadurch ändert sich, wenn die Zurücknahme, wie hier, nicht Statt gefunden hat, keineswegs die Natur desselben.

Aus diesen Gründen mußte bei diesem Punkte das Erkenntniß vernichtet werden; in der Sache selbst konnte bei der Unvollständigkeit der vorliegenden Akten noch keine Entscheidung erfolgen, und ist das Resolut zu erledigen.

Anbelangend die von Seiten der Ehefrau des Kridars geschehene Ueberlassung des Wäarenlagers zur Deckung der Schuld an den Imploranten, hält der Appellationsrichter, obwohl er annimmt, daß die gedachte Ehefrau mit ihrem Ehemanne „zu offenem Laden" gesessen, dieselbe doch nach der Nassau-Katzenellenbogenschen Landesordnung zu einem solchen Abkommen, welches den ganzen Waaren-Vorrath an einen Dritten veräußern und dadurch das Handelsgeschäft aufhebe, nicht für befugt.

Die vom Imploranten gerügten Verstöße gegen den §. 14. Cap. 15. Th. I. und §. 2. Cap. 15. Th. IV, so wie §. 2. Cap. 10. Th IV. der Nassau-Katzenellenbogenschen Landesordnung sind nicht begründet. Der Appellationsrichter hält in einem Falle, wie er hier vorliegt, die Ehefrau zur Vornahme gewöhnlicher Ladengeschäfte zwar für befugt, aber diese Befugniß nicht für so weit greifend, daß sie ein gänzliches Aufheben des bestehenden Handelsgeschäftes in sich schließe. Wenn er dabei auf den §. 2. Kap. 10. P. IV. der Landesordnung verweist, so liegt darin keine direkte Anwendung dieses Gesetzes, sondern nur die Aufstellung einer Analogie, welche auch nicht zu verwerfen ist, da in der That die gedachte Gesetzesstelle bei der Vererbung den „offenen Kram" den Immobilien gleichstellt, und es keinen Verstoß gegen die Worte und den Sinn derselben genannt werden kann, daß hieraus ein Argument gegen die Gültigkeit einer Verfügung entnommen wird, die den „offenen Kram" gänzlich aufhebt. Im Uebri-

Digitized by Google

gen wäre es Sache des Imploranten gewesen, der die Gültigkeit der Disposition der Ehefrau auch in dem hier obwaltenden Umfange behauptet, diese aus dem angeblich verletzten Provinzialrecht nachzuweisen. Die §. 14. Kap. 15. I. und §. 2. Kap. 15. Pt IV. der Nassau-Katzenelnbogen'schen Landesordnung geben so wenig als die citirte Abhandlung in Ulrichs Archiv Bd. 4. S. 303 dafür einen Anhalt.

Nach der Landesordnung besteht partikulare Gütergemeinschaft, die insbesondere den Erwerb (Erkoberung) betrifft. Beim Absterben des einen Ehegatten gestattet das Gesetz dem Andern Verzicht auf die portio statutaria, um sich der Schuldenlast zu entziehen. Dies spricht der §. 2 Kap. 15. P. IV. aus,

vergl. Ulrich Archiv l. c. §. 370.

macht aber eine Ausnahme in Betreff der gemeinschaftlich getriebenen Handlung, Parthirung u. s. w., da soll „das Letztlebend" sein Beneficium nicht zu gebrauchen haben, sondern sollen dieselben Schulden, so viel aus des Verstorbenen als des Letztlebenden Gütern bezahlt werden.

Darüber, inwiefern solche Schulden gülig und namentlich in dem hier vorliegenden Falle von Seiten der Frau kontrahirt werden können, gibt diese Stelle keine Auskunft. Der §. 14. Kap. 15. I. schließt blos das beneficium der Authentica si qua mulier bei derartigem „gemeinen Handel aus," woraus eben so wenig für die rechtsgültige Kontrahirung der Schuld respectu des Mannes etwas zu entnehmen ist. Die behauptete Verletzung ist also nicht begründet.

Die Entscheidung der Hauptsache hat diejenige des Kostenpunkts zur rechtlichen Folge.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterschrift des König. Obertribunals

Berlin, den 23. September 1851.

Digitized by Google

VI.

Ein von einer Gemeindeversammlung gefaßter Beschluß kann von der Gemeinde nicht darum, weil der Vorsteher mit dem, der aus dem Beschluß Rechte erlangt, nahe verwandt gewesen, angefochten werden, sondern die Gemeinde kann sich dieserhalb nur an ihren Vorsteher halten.

Rechtsfall,
mitgetheilt
von
Sommer.

(Westphäl. Land-Gemeinde-Ordnung vom 31. Oktober 1841. §. 62. 67. 91. A. L. R. II. 6. §. 64. 120. 122. 132—134. I. 5. §. 109. I. 6. §. 59.).

Im Namen des Königs.

In Sachen der Gemeinde Wiemeringhausen, Klägerin und Appellantin, wider den Förster Bernard Koch und Johann Koch daselbst, Verklagten und Appellaten, hat der Civil-Senat des Königl. Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 10. Januar 1852., an welcher die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, Schmidt, Stündeck und Schulz und der Kreisgerichts-Rath Westermann Theil genommen haben,

Digitized by Google

für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der I. Abtheilung des Kreisgerichts zu Brilon vom 23. Juli 1851. zu bestätigen und Appellantin zu den Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Gemeinde-Versammlung zu Wiemeringhausen beschloß am 13. März 1845. den bisherigen Waldwärter Johann Koch mit einer jährlichen Pension von acht Thalern in Ruhestand zu versetzen und statt seiner den Bernard Koch gegen 52 Thlr. Gehalt als Waldwärter anzunehmen. In einer am 9. Juni ej. a. gehaltenen Versammlung wurde ferner beschlossen, die Pension des Johann Koch von 8 Thlr. auf 15 Thlr zu erhöhen, und sowohl dem pensionirten als dem neu angenommenen Förster die lebenslängliche Benutzung der der Commune zustehenden Jagd und Fischerei zuzusichern.

Auf Grund und nach Anleitung dieser Beschlüsse errichtete Namens der Gemeinde Wiemeringhausen der Amtmann Martini mit dem Bernhard Koch am 15. Juli 1845. einen Dienstvertrag, der am 21. Juli ej. a. vom Landrath bestätigt wurde.

Die Gemeinde Wiemeringhausen will jetzt an den am 9. Juni 1845. gefaßten Beschluß und den auf Grund desselben errichteten Vertrag nicht gebunden sein, und hat gegen den pensionirten und den neu angenommenen Förster Klage erhoben, mit dem Antrage:

den am 9. Juni 1845. von der Gemeinde Versammlung zu Wiemeringhausen gefaßten Beschluß für nichtig und unverbindlich zu erklären, und demzufolge auch in Rechten zu erkennen, daß das zwischen der Ge-

Digitized by Google

meinde Wiemeringhausen und den beiden Verklagten geschlossene Kontraktsverhältniß, insoweit es sich auf diesen Beschluß stütze, ungültig und für die Gemeinde Wiemeringhausen nicht verpflichtend sei.

Zur Begründung dieses Antrages führt Klägerin an, der Bernard Koch sei ein Sohn und Johann Koch ein Bruder des Gemeinde-Vorstehers Koch. Wegen dieses nahen verwandtschaftlichen Verhältnisses habe Letzterer, weil bei der zu berathenden Angelegenheit interessirt, die Gemeinde-Versammlung vom 9. Juni 1845. wie geschehen, nicht berufen, in derselben den Vorsitz nicht führen und und eben wenig seine Stimme abgeben dürfen. Dies verstoße gegen die ausdrückliche und klare Vorschrift des §. 67. der Gemeinde-Ordnung vom 31. Oktober 1841. Ein ordnungsmäßiger Gemeindebeschluß sei daher nicht zu Stande gekommen, und fehle diese nothwendige Voraussetzung des Vertrages vom 15. Juli 1845., so sei auch kein bindender Vertrag zu Stande gekommen.

Verklagte, die Richtigkeit des thatsächlichen Vortrages zugebend, bestreiten die daraus gezogenen Folgerungen. Der Vorsteher Koch sei nämlich vom Amtmann Martini mit der Zusammenberufung der Gemeinde-Versammlung beauftragt gewesen. Von den 11 Meistbeerbten seien 8. erschienen, und da $^2/_3$ der Mitglieder einen gültigen Beschluß fassen konnten, so sei ein solcher, selbst ohne Hinzurechnung der Stimme des Vorstehers Koch, auch zu Stande gekommen. Dieser sei aber auch mitzustimmen berechtigt gewesen, weil er bei der Angelegenheit persönlich kein Interesse gehabt; im Gegentheil weil er als Steuerpflichtiger zur Pension und Besoldung habe beitragen müssen, Verbindlichkeiten übernommen habe. Die Verklagten beantragen deshalb Abweisung der Klage.

Das Kreisgericht zu Brilon hat diesem Antrage gemäß erkannt. In den Entscheidungsgründen wird ausge-

Digitized by Google

führt: Die Gültigkeit des angefochtenen Gemeindebeschlusses sei nach der Gemeinde-Ordnung vom 31. Oktober 1841. zu beurtheilen. Diese bestimmen allerdings, daß der Vorsteher, wenn er bei der zu berathenden Angelegenheit interessirt, weder den Vorsitz führen, noch an der Berathung Theil nehmen dürfe. Allein die Vernachlässigung dieser Vorschrift habe nicht die Ungültigkeit des Beschlusses zur Folge. Nur bei Verträgen ziehe nach z. §. 5. 109. des A. L. R. der Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form die Ungültigkeit nach sich. Bei allen übrigen Rechtsgeschäften verstehe sich dies nicht von selbst und die Landgemeinde-Ordnung knüpfe eine Nichtigkeit des Beschlusses an einzelne Gesetzwidrigkeiten nicht.

Gegen diese Entscheidung hat Klägerin appellirt. Die Schriftsätze beider Theile enthalten nichts neues, nur rügen Appellaten, daß sie beide in Einem Prozesse belangt sind. Eine Prüfung der Erheblichkeit dieser Einrede kann unterbleiben, da das erste Erkenntniß doch zu bestätigen wäre.

In dem Klageantrage sind zwei petita enthalten. Es soll nämlich:

1. der Beschluß der Gemeinde-Versammlung vom 9. Juni 1845. für nichtig und
2. der mit den Verklagten geschlossene Vertrag, in so weit er sich auf diesen Beschluß stützt, für ungültig erklärt werden.

Nach der Ausführung der Klägerin soll die Ungültigkeit des Beschlusses vom 9. Juni 1845. die Ungültigkeit des Vertrages vom 15. Juli ej. a. zur Folge haben. Der erste Antrag bedingt mithin den zweiten, und ist jener unbegründet, so muß auch der zweite nothwendig fallen.

Alles was Klägerin, um den mehrgedachten Beschluß umzustoßen, anführt, für wahr angenommen, so läßt sich doch nicht einsehen, aus welchem Grunde und mit welcher

Digitized by Google

rechtlichen Wirkung die beiden Verklagten sich mit der Klägerin in eine Erörterung der Frage einlassen sollen: ob die Repräsentanten der Gemeinde der Gemeinde gegenüber ihre amtlichen Functionen gut oder schlecht wahrgenommen haben. Die Verklagten haben die von den Repräsentanten begangenen Versehen nicht zu vertreten, und ist der Civilrichter, weil Gemeindebeschlüsse zu den Verwaltungs Angelegenheiten gehören, nicht competent, einen Gemeindebeschluß aufzuheben und außer Wirksamkeit zu setzen. Es gehört dies unter gewissen Beschränkungen zur Competenz der Gemeinde, A. L. R. II. 6. §. 133. 134., oder der dieser vorgesetzten Behörde.

Für den der Gemeinde durch ihre Repräsentanten widerrechtlich zugefügten Schaden haften diese. Erhebt die Gemeinde Klage auf Ersatz des Schadens, so kann allerdings in diesem Prozesse das amtliche Verhalten der Repräsentanten zur Erörterung kommen. Allein die Verklagten haben sich hierauf nicht einzulassen, weil es sich um ein zwischen der Klägerin und deren Repräsentanten bestehendes Verhältniß und die hieraus entstandenen Folgen handelt. Die Repräsentanten der Gemeinde sind als deren Bevollmächtigte zu betrachten.

Gem. Ord. vom 31. Oktbr. 1841. §. 62.

Allg. Landrecht II. 6. §. 132.

Behauptet nun die Gemeinde aus dem Mandatsvertrage Ansprüche zu haben, so muß sie diese gegen ihren Kontrahenten, den Mandatar, verfolgen. Sie kann aber aus diesem Grunde den von dem Mandatar mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrag nicht anfechten. Dies zugegeben, hieße den Dritten für die von dem Mandatar begangenen Verfahren haftbar machen. Dies wird auch durch die vorliegende Klage bezweckt, indem die Gründe zur Anfechtung des Vertrages lediglich auf die von den Repräsentanten begangenen Ordnungswidrigkeiten gestützt

Digitized by Google

sind. Diese zu verhindern war nicht die Pflicht der Verklagten, sondern eines jeden einzelnen Repräsentanten. Machte der Vorsteher sich Pflichtverletzungen schuldig, so war davon dem Landrathe Anzeige zu machen. Land-Gemeinde-Ordnung §. 104. — und indem die Repräsentanten dies unterließen, machten sie sich durch ihr omissives Verhalten eben so sehr einer Pflichtverletzung schuldig, als der Vorsteher durch sein commissives Handeln. Denn wer wissenlich etwas geschehen läßt, was er zu verhindern schuldig und vermögend gewesen, hat eben die Verantwortung, als ob er solches befohlen hätte. A. L. R. I. 6. §. 59.

Auf einen solchen Fall findet der Satz Anwendung: qui tacet consentire videtur.

Beleuchtet man den Fall von der practischen Seite, so läßt sich gar nicht ermessen, zu welcher Rechtsunsicherheit und welchen fraudulösen Rechtsverletzungen es führen würde, wenn mit den Repräsentanten einer Corporation in aller Form Rechtens und in gutem Glauben abgeschlossene Verträge, hinterher wegen eines von den Repräsentanten begangenen Verfahrens, das der andere Kontrahent außer Stande, den inneren Geschäftsverkehr der Corporation zu kontroliren, nicht einmal verhindern konnte, angefochten werden könnten. Die Sicherheit der mit einer Corporation abgeschlossenen Verträge, würde bei einer solchen Ansicht gänzlich aufhören und am Ende der Repräsentanten eigenes Zeugniß über ihr pflichtwidriges Verhalten zur Anfechtung eines Vertrages ausreichen. So in dem vorliegenden Falle. Ein Theil derselben Gemeindevertreter, die an dem behauptlich ungesetzlich zu Stande gekommenen Beschlusse vom 9. Juni 1845. Theil genommen, betheiligten sich im Jahre 1850. an einer Versammlung, in welcher beschlossen ward, jenen älteren Beschluß und den darauf gestützten Vertrag als nichtig anzufechten — um den der Gemeinde durch ihre Repräsentanten zuge-

Digitized by Google

fügten Schaden einem unbetheiligten Dritten aufzubürden. Ein solches Verfahren verdient keinen Rechtsschutz.

Daß die Gemeindevertreter durch den Beschluß vom 9. Juni 1845. ihre Vollmacht überschritten, ist nicht behauptet. Nach §. 91. der Land-Gem. Ord. würde sich diese Behauptung auch nicht rechtfertigen lassen, und alsdann stehn den Verklagten die §§. 120 — 122. 133. und 134. Thl. II. Tit. 6. des A. L. R. zur Seite. Von einer Verletzung der Form — die nach §. 98. und 105. der Land-Gem. Ord. gewahrt — ist keine Rede und der §. 109. I. 5. des Allgem. Landrechts vom ersten Richter nicht passend zur Anwendung gebracht.

Die Entscheidung wegen der Kosten wird durch §. 6. Tit 23. der Prozeß Ordnung gerechtfertigt.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

Digitized by Google

VII.

Kann der Verwundete erst dann Ersatz der Curkosten verlangen, wenn er sie dem Arzte u. s. w. bezahlt hat?

Erörterung

von

Westph. Grem.

(A. L. R. I. 6. §. 1. 2. 7. 10. 111.)

Es tauchen zuweilen Meinungen bei den Gerichten auf, von denen man auf den ersten Anblick nicht einsieht, wie sie möglich gewesen. Einen solchen Fall wollen wir besprechen.

Wer einen Anderen aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muß demselben vollständige Genugthuung leisten. (A. L. R. I. 6. §. 10.) Dazu gehört namentlich der Ersatz des gesammten Schadens und des entgangenen Gewinnes. (§. 7.) Schade ist jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, namentlich auch in Ansehung seines Vermögens (§. 1.)

Wenn nun A. den B. vorsätzlich verwundet, dieser ärztliche Hülfe anwenden muß, dem Arzt und Apotheker dadurch schuldig wird, zweifelt Niemand, daß der Beleidiger dem B. diese Curkosten ersetzen muß, denn sonst wird ihm, was §. 7. doch gebietet, nicht der gesammte Schaden

Digitized by Google

ersetzt. Aber wie soll es gehen, wenn, wie es so häufig der Fall, der Verwundete kein Geld hat, um die Curkosten vorzuschießen? Fragen wir hier die älteste Rechtsquelle, den gesunden Menschenverstand, so wird die Antwort ganz einfach die sein: Der Beschädiger muß dem Verletzten die Curkosten zahlen, damit er sich damit von seiner Verbindlichkeit gegen Arzt und Apotheker u. s. w. befreien kann. Allein das ist manchen Juristen zu einfach. Sie sagen, nach §. 111. A. L. R. I. 6. ist der „Beschädigte in allen Fällen auf den Ersatz der Cur- und Heilungs-Kosten anzutragen berechtigt.“ Ein eben vor uns liegendes Urtel sagt:

> Es steht fest, daß Kläger die Auslagen, deren Erstattung er von dem Verklagten verlangt, bis jetzt noch nicht gemacht, also einen Schaden noch nicht erlitten hat. Ersatz für einen noch nicht erlittenen Schaden ist aber Kläger zu fordern nicht berechtigt, vielmehr kann von Ersatz der Kosten erst die Rede sein, wenn Kläger sie berichtigt hat. (A. L. R. 6. §. 111.).

Da nun solche Verwundete häufig kein Geld haben, so bleibt dem Arzte und Apotheker nur übrig, sie bis aufs Hemd auspfänden zu lassen, damit sie doch endlich einen Anspruch auf Ersatz gegen den Beschädiger erlangen!

Wollte man etwa sagen, sie können ja dem Arzte ꝛc. ihren Anspruch gegen den Beschädiger cediren, so würde man damit noch nicht weiter kommen, denn da sie vor der Zahlung keinen Anspruch auf Ersatz haben, können sie einen solchen auch nicht cediren! Eben so wenig wird sich also der Arzt einen Anspruch vom Verwundeten gegen den Beschädiger cediren lassen können, denn jener hat ja vor geschehener Befriedigung einen solchen Anspruch nicht! Es wird also wohl nichts übrig bleiben, als das der Arzt ꝛc. dem Verwundeten das Geld zur Befriedigung des Arztes leiht, wo

Digitized by Google

der Verwundete sonach den Arzt damit befriedigt und nun gegen den Beschädigten in Grund des §. 111. auf Ersatz der Curkosten klagt, und nachdem er sie erlangt, endlich dem Arzte das Darlehn erstattet!

Es gab einst einen Kanzler Baco von Verulam in England, der ein Buch de augmentis scientiarum schrieb. In diesem handelt er auch von den Jureconsultis qui quasi e vinculis sermocinantur. Sollten hier nicht einige Anklänge davon durchzittern!? Man sollte doch denken, wenn §. 1. unter Schaden jede Verschlimmerung eines Menschen in Ansehung seines Vermögens verstanden wird, die nach §. 7. und 10. zu leistende vollständige Genugthuung, Ersatz des gesammten Schadens, doch nur in Beschaffung der Mittel, die Curkosten aufzubringen, bestehen könne. Dies kann nun in dreierlei Art geschehen a) dadurch, daß der Beschädiger den Arzt ꝛc. selbst kurzer Hand für den Beschädigten bezahlt, oder b) daß jener, wenn der Verwundete schon gezahlt hat, diesem das Geld erstattet, oder endlich c) dem Verwundeten die Mittel, den Arzt ꝛc. zu bezahlen, gewährt. In jedem dieser Fälle thut er nicht mehr als seine Schuldigkeit. — In dem Wort: Ersatz des §. 111. liegt überhaupt nur, daß der Verwundete indemnis werden soll, ihm also die Mittel gewährt werden, der ihm gegen den Arzt ꝛc. überkommenen Verpflichtung sich zu entledigen. Der §. 10., welcher vollständige Genugthuung verlangt, wird nicht befolgt, wenn man den §. 111. so eng interpretirt, wie wir es bisher dargestellt haben.

Eines Weiteren kann es zur Widerlegung der bisher bekämpften Meinung nicht bedürfen. Und doch dürfte sie noch lange bei einzelnen Gerichten vorhalten.

Digitized by Google

VIII.

Kann der Käufer, wenn zwischen dem Verkäufer und dem Inhaber der Sache darüber ein Prozeß besteht, im Laufe des Prozesses wider den Willen des Letztern sub titulo cessionis an die Stelle seines Auctors treten und den Prozeß fortsetzen?

Erörterung

von

Herrn Rechtsanwalt

Esleben zu Olpe.

(Cfr. A. L. R. I. 11. §. 376, 378, 383, 384. A. G. O. Einleit. §. 1. folg. I. 7. §. 48. I. 24. §. 9.)

Der Kirchenvorstand zu Attendorn als Vertreter des Chorkapitels und der Vikarie St. Jacobi daselbst, hatte in der Subhastations-Sache des Andreas Feldmann zu Büren bei Drolshagen dessen Gut adjudizirt erhalten, und an denselben wieder verpachtet. Durch Vertrag vom 17. Juni 1851. verkaufte der besagte Vorstand das Gut an den Heinrich Feldmann zu Büren, worin die Genehmigung des bischöflichen Generalvikariats zu Paderborn vorbehalten, die Ueberlieferung als geschehen anerkannt, und dem Ankäufer die Exmission des Andreas Feldmann überlassen wird.

Unter Produktion dieses Vertrags klagte der Kirchenvorstand am 28. Juli 1851. gegen den Andreas Feld-

Digitized by Google

mann auf Exmission und verband damit zugleich die Klage auf Annullirung eines Kaufvertrags zwischen A. Feldmann und Anton Stamm, worin Ersterer dem Letztern Gutserzeugnisse verkauft hatte. Beide Verklagte excipirten auf Grund des vom Kläger selbst produzirten Kaufvertrags den Mangel der Aktivlegitimation, und verlangten zur Begründung dieser Einrede die Edition der Genehmigung des Vikariats. Der Mandatar des Klägers erklärte darauf nach Erlassung des Beweisresoluts, daß die Genehmigung unterm 23. August 1851. erfolgt sei, und daß es der Autorisation zur Klage nicht bedürfe, weil der Ankäufer Andreas Feldmann, von dem er Vollmacht überreiche, in die Stelle des Klägers treten und den Prozeß fortsetzen wolle. Die Verklagten widersprachen. Das Gericht Olpe erkannte indessen in Sachen des Kirchenvorstandes zu Attendorn nunmehr Heinrich Feldmann zu Büren gegen die beiden Verklagten auf Grund des A. L. R. I. 11. §. 383. nach dem Klageantrage, welche Entscheidung in appellatorio bestätigt worden. Diese Entscheidung wird weder formell, noch materiell zu rechtfertigen sein.

Nach A. L. R. I. 11. §. 382. können alle Rechte, welche nicht an die Person des Inhabers gebunden sind, Andern abgetreten werden, und ist nach §. 383. ibid. auch die Abtretung schon rechtshängiger Sachen erlaubt, wodurch aber nach §. 384. weder in Ansehung des Gerichtsstandes, noch der Lage des Prozesses selbst etwas geändert wird.

Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß der Prozeßgegenstand, das Objekt, worüber gestritten wird, cedirt werden kann; es folgt aber daraus noch nicht, daß auch der Prozeß selbst, welchen der Cedent mit dem Inhaber über das Objekt führt, wider Willen des Letztern cedirt, und dieser dadurch gezwungen werden kann, den Prozeß mit dem Cessionar fortzusetzen, und von seiner dem Cedenten opponirten Einrede des Mangels der Aktivlegitimation

Digitized by Google

keinen weitern Gebrauch zu machen. Durch Anstellung der Klage und deren Insinuation entsteht nach A. G. O. I. 7. §. 48. a et b. die Rechtshängigkeit der Sache, und die letztere wird litigios, womit bis zum Austrage keine Veränderung vorgenommen werden darf. Daher disponirt der §. 9. I. 24. der A. G. O. daß, wenn Jemand einen im Streit befangenen Gegenstand erst nach der Klageinsinuation vom Kläger durch Kauf, Tausch, Cession, Schenkung oder auf andere Art erhalten, er sich dem Judikate unterwerfen müsse, wenn er auch nicht bei diesem Prozesse zugezogen worden ist. Hier werden allegirt A. L. R. I. 11. §. 383. und 384. Wenn sich hiernach der Cessionar dem in Sachen des Cedenten gegen den Inhaber der streitigen Sache ergehenden Judikate unterwerfen muß, wenn er auch nicht beim Prozesse zugezogen worden, so folgt hieraus noch nicht, daß er dabei wider Willen des Gegners zugezogen werden müsse oder könne. Nach der Verordnung vom 1. Juni 1833. §. 14. und der Ministerialinstruktion vom 24. Juli 1833. §. 29. beziehungsweise der Verordnung vom 21. Juli 1846. bilden die Klage und Klagebeantwortung die Grenzen, worin sich der Prozeß nur bewegen kann. Der nachherige Eintritt eines neuen Klägers, welcher aus einem besondern Rechtsgrunde den Prozeß mit dem widersprechenden Verklagten fortsetzen will, erscheint als unzulässiges Novum und verrückt die durch die Litiscontestation constituirten Grenzen, was sich die Gegenpartei, welche durch die Kriegsbefestigung ein wohlerworbenes Prozeßrecht erlangt hat, dessen Verletzung sie nicht zu dulden braucht — nicht gefallen zu lassen braucht.

So lange der Kläger selbst nicht renunziirt, hat Verklagter das Recht, zu verlangen, daß derselbe den von ihm anzufangenen Prozeß bis zur Definitiv-Entscheidung fortsetzt; ein Anderer, wenn er auch den Streitgegenstand vom Kläger immittelst erworben, erscheint doch nur als Dritter,

Digitized by Google

der nicht in lite ist, und daher nicht als Prinzipalpartei sich hineindrängen darf. Die hier nicht vorliegenden Arten der Abcitation, Litisdenuntiation, Nomination, Intervention ꝛc. können wider Willen des Gegners die grundsätzlichen Normen des Prozesses nicht ändern.

Nach A. L. R. I. 11. §. 376 und 377. setzt die Abtretung des Rechts einen Vertrag voraus, wodurch Jemand sich verpflichtet einem Andern das Eigenthum seines Rechts, gegen eine bestimmte Vergeltung, zu überlassen, wogegen die Handlung selbst, wodurch das abzutretende Recht dem Andern wirklich übertragen wird, Cession genannt wird.

Koch vom Uebergange der Forderungsrechte §. 9. S. 32 — 38. sagt:

„Nach dem Begriffe des A. L. R. ist also Cession blos der Akt, wodurch Jemand das Eigenthum seines Rechts auf Grund eines onerosen Titels einem Andern überträgt. Es schließt daher der Umstand, daß der Titel mit diesem Akte zusammenfällt oder gleichzeitig entsteht, den Begriff der Cession nicht aus."

Ist ein solcher Rechtstitel, wie in casu, vor dem Anfange des Prozesses durch Vertrag (17. Juni 1851.) entstanden, so erscheint die Sache oder das Recht selbst nicht als streitig, und daraus folgt, daß von vorne herein nur der Cessionar respe. Eigenthümer das Eigenthum rechtlich verfolgen kann, cfr. A. L. R. I. 15. §. 1. folg. und der Inhaber kann sonach mit Erfolge Rechtens dem Cedenten oder Verkäufer den Mangel seiner Aktivlegitination einredend entgegen setzen. Die Rechtswirkung dieser wohlbegründeten Einrede kann nicht dadurch elidirt werden, daß nunmehr der eigentlich Berechtigte in den Prozeß eintritt, und ein Recht erstreiten will, was ihm vom Inhaber, welcher grade sein Eigenthum vom streitigen Rechte als Ein-

Digitized by Google

rede dem unbefugten Kläger entgegengesetzt, noch gar nicht streitig gemacht und vorenthalten worden, weshalb zwischen ihm und dem Inhaber, so lange er diesen noch nicht vergeblich angegangen, keine legale Veranlassung zum Prozesse vorliegt.

Cfr. A. G. O. Einleit. §. 1. folg.

Um so widerrechtlicher muß demnach der exorbitante Eintritt des Berechtigten, welchem die zuständige Klage nicht abgeschnitten ist, in den anhängigen Prozeß erscheinen, wodurch die Prozeßrechte des Gegners und überhaupt das ganze Prozeßverfahren illusorisch gemacht werden, wenn man bedenkt, daß Verklagter auf die an und für sich richtige Klage gar keine Einrede erhoben haben würde, wenn wirklich Berechtigte und zur Sache Legitimirte als Kläger aufgetreten wäre.

Cfr. Martin Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 36. (34).

Digitized by Google

IX.

Kann, wenn unter der Herrschaft des für die Provinz Westphalen erlassenen bäuerlichen Successions-Gesetzes vom 13. Juli 1836. die nach §. 5. desselben vorzunehmende Erbtheilung und Zutheilung des Guts an einen Anerben noch nicht erfolgt war, nach Publication der Verordnung vom 18. Dez. 1848. und Ges. v. 13. Nov. 1849. gegen den Widerspruch der Miterben noch ein Anerbenrecht anerkannt, dem nach dem Gesetze vom 13. Juli 1836. Berufenen zugestanden werden?

Rechtsfall,
mitgetheilt
von
Sommer.

Wir haben diese Frage im 14. Bande V. LIV. S. 584. behandelt, und uns (S. 586) nach der Negative einigermaaßen hinlenkend, auf ein vor einigen Jahren erlassenes Erkenntniß berufen. Dieses Erkenntniß theilen wir in Folgendem mit. Wenn die Entscheidung richtig ist, so dürfte die obige Frage auch nur verneint werden. Eine Entscheidung derselben in der Provinz ist uns bisher noch

Digitized by Google

nicht bekannt geworden. Die große Wichtigkeit der Frage bedarf keiner Auseinandersetzung.

In der summarischen Prozeßsache der unverehelichten Maria Theresia Krämer zu Bremscheid, Verklagte und Appellantin, wider den Schreiner Peter Peitz zu Eslohe als Kurator des für einen Verschwender erklärten Anton Krämer zu Bremscheid, Kläger und Appellaten,

hat die zur Verhandlung und Entscheidung summarischer Prozeßsachen angeordnete Deputation des Königlichen Oberlandesgerichts in der Sitzung vom 21. Mai 1842., worin als Richter anwesend waren, die Oberlandesgerichts-Räthe Ulrich, Höpker, Wermuth und die Oberlandesgerichts-Assessoren Boswinkel, Gützloe und Schede, den Akten gemäß,

für Recht erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für beobachtet anzunehmen, in der Sache selbst auch das Erkenntniß der Deputation des Königlichen Land- und Stadtgerichts zu Fredeburg vom 15. Dezember 1841. dahin abzuändern, daß Kläger mit der auf Zuerkennung des Anerbenrechts auf Müllers Gut zu Bremscheid gerichteten Klage angebrachtermaßen abzuweisen; in reconventione Verklagte und Appellantin mit demselben Anspruch nicht, wie geschehen, pure, sondern nur angebrachtermaßen abzuweisen; die Kosten beider Instanzen dahin zu kompensiren, daß dem Kläger $^1/_4$ und der Verklagten $^3/_4$ zur Last zu setzen.

Von Rechts Wegen

Gründe.

Die Ehefrau des Prodigus Anton Krämer zu Niederbremscheid ist im Jahre 1839. gestorben, und war Eigenthümerin von dem Müllers Hause und Gute daselbst. Sie hat 5 eheliche, mit dem Anton Krämer erzeugte

Digitized by Google

Kinder, nemlich einen Sohn Namens Peter und 4. Töchter, unter denen die Verklagte Theresia, als Inteſtaterben hinterlaſſen. Vor der Theilung des Nachlaſſes der Ehefrau Krämer ſtarben der Sohn Peter und eine Tochter, beide kinderlos und ohne letztwillige Dispoſition und hinterließen als Inteſtaterben, ihren Vater Anton Krämer und ihre drei noch lebende Geſchwiſter.

Die für großjährig erklärte Theresia Krämer ſpricht das Anerbenrecht auf das von ihrer verſtorbenen Mutter nachgelaſſene Müllers Gut, welches den Beſtimmungen des Geſetzes vom 13. Juli 1836. über die bäuerliche Erbfolge unterliegt. Dagegen behauptet der Vormund des Prodigus Anton Krämer, daß das gedachte Gut ſeinem Kuranden zuſtehe, weil ſolches durch den Tod der Ehefrau Krämer auf deren Sohn Peter und nach deſſen Tode auf den Prodigus Krämer und deſſen drei Töchter gefallen ſeie, ſomit Erſterem als Anerben um deswillen zukomme, weil das Gut bei einer Konkurrenz mehrerer Erben den Männern vor den Frauen zugetheilt werden müſſe.

Er hat in Antrag geſtellt:

in Rechten auszuſprechen, daß das Anerbenrecht auf Müllers Haus und Gut dem Prodigus Anton Krämer zuzuſprechen, die verklagte Thereſe Krämer aber mit dem von ihr in Anſpruch genommenen Anerbenrecht zurückzuweiſen.

Die Verklagte hat dieſem Antrage widerſprochen. Sie beſtreitet, daß das Müllers Haus und Gut durch den Tod ihrer Mutter als Eigenthum ihrem verſtorbenen Bruder zugefallen ſei, und behauptet, daß der Anerbe des Guts erſt durch die Erbtheilung ſelbſt beſtimmt werde, daß auch das Recht des Anerben als ein jus personalissimum mit dem Tode wegfalle und dieſerhalb ihr, als der älteſten Tochter, das Anerbenrecht zuſtehe.

Digitized by Google

Sie hat auf Abweisung des Klägers und Zuerkennung des Anerberechtes angetragen.

Klagenderseits hat man sich zur rechtlichen Begründung der Ansicht, daß das Anerbenrecht sofort bei dem Tode des Erblassers existent geworden, und das Eigenthum des Guts auf den Anerben übertrage, auf §. 16. des Gesetzes vom 13. Juli 1836. bezogen und ferner bemerkt, daß diese Ansicht auch von dem Justizminister in einem an das Königliche Oberlandesgericht zu Münster erlassenen Reskript ausgesprochen sei. Dagegen hat die Verklagte den §. 16. des gedachten Gesetzes als nur von der Gütergemeinschaft sprechend für unerheblich, so wie das ergangene Ministerial-Rescript für nicht relevirend erachtet.

Das Königliche Land- und Stadtgericht hat für Recht erkannt:

daß das Anerbenrecht auf Müllers Haus und Gut zu Bremscheid dem Verschwender Anton Krämer zuzusprechen, und die Verklagte mit dem von ihr in Anspruch genommenen Anerbenrecht unter Verurtheilung in die Kosten abzuweisen.

Der erste Richter hat bei dieser Entscheidung angenommen, daß durch den Tod der Ehefrau Krämer das feagliche Gut sofort auf den verstorbenen Peter Krämer übergegangen sei.

Die gegen den ganzen Inhalt des Erkenntnisses eingelegte Appellation hat die Verklagte durch die Ausführung zu begründen gesucht, daß nach der ratio legis das Anerbenrecht auf ein Bauerngut nicht ipso jure auf den nächst berechtigten Intestaterben übergehen könne, und daß bei der Interpretation des ein ganz neues und besonderes Rechtsinstitut behandelnden Gesetzes vom 13. Juli 1836. die gewohnlichen Rechtsprincipien nicht zur Anwendung kommen dürften.

Digitized by Google

Sie hat darauf angetragen:

> das Erkenntniß wovon compensatis expensis aufzuheben und das fragliche Anerbenrecht nicht dem Verschwender Anton Krämer vielmehr der Verklagten zuzuerkennen.

Dieser Antrag mußte zum Theil begründet erscheinen, nemlich die Zurückweisung der erhobenen Klage auf Zusprechung des qu: Anerbenrechts erfolgen. Das Müllers Gut gehört unbestritten zu denjenigen bäuerlichen Besitzungen, bei welchen in Ansehung der Succession in Ermangelung einer letztwilligen Disposition das Gesetz vom 13. Juli 1836. maaßgebend ist. Dieses Gesetz bezweckt, wie es sagt, die Erhaltung der Bauerngüter bei der Familie, und verordnet deshalb für den Fall der Intestaterbfolge, daß sämmtliche Miterben unter sich den Gutsnachfolger wählen, d. h. den Anerben bestimmen sollen; in der Voraussetzung, daß die Wahl immer auf den Tüchtigsten fallen und solchergestalt am Meisten für die Erhaltung des Guts zum Frommen der Familie gesorgt werde. Für den Fall aber eine solche Wahl nicht zu Stande kommen sollte, bestimmt der §. 9:

> „Hat der Erblasser es unterlassen, unter seinen Kindern den Annehmer des Guts zu bestimmen, und findet eine freie Vereinigung unter den Erben nicht statt, so kommen folgende Regeln zur Anwendung.

Es wird sodann unter Andern bestimmt, daß die Söhne vor den Töchtern den Vorzug haben sollen. Aus dieser letztern Bestimmung und dem Inhalte des §. 5. in Verbindung mit den gewöhnlichen Gesetzen über Interpretation und Erbfolge hat der erste Richter die Ansicht hergeleitet, daß das Müllers Gut durch den Tod der Ehefrau Krämer ipso jure auf den verstorbenen Sohn Peter übergegangen sei.

Diese Ansicht ist aber unrichtig.

Digitized by Google

Die in dem §. 9. bestimmte Successions-Ordnung soll nach dem oben mitgetheilten Eingange dieses §. nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Erblasser keine Anordnung wegen der Nachfolge getroffen und darüber eine freie Vereinigung unter den Erben nicht statt findet.

Zunächst also muß eine solche Vereinigung versucht werden. Bevor dieses geschehen, ist eine Uebertragung des Anerbenrechts auf einen bestimmten Miterben nicht denkbar. Der verstorbene Sohn des Klägers würde auch in Entstehung einer Vereinigung zu seinen Gunsten unzweifelhaft Anerbe geworden sein, wenn er am Leben geblieben wäre. Ihm würde dann das Gut zugefallen sein, und dadurch wäre er Eigenthümer geworden, so lange aber diese Zutheilung, sei es durch Vereinigung oder Richterspruch nicht erfolgt ist, ist das Eigenthum nicht erworben. Eine Vererbung des Anerbenrechts als solchen ist gesetzlich nicht zulässig, denn wenn dieses, wie Kläger will, nach den Regeln der Intestaterbfolge geschehen sollte, so erbten im vorliegenden Falle der Vater mit den Schwestern das Anerbenrecht, d. h. auf sie wäre das Anerbenrecht übergegangen, oder mit andern Worten sie wären jetzt die Anerben, dann hätte man aber statt eines Anerben fünf.

Das Gesetz will aber nur einen Anerben. Daraus folgt also daß eine Vererbung des Anerbenrechts unmöglich ist, daß mithin, wenn das Anerbenrecht auf Kläger soll übergehen können, dem Sohne Peter das Eigenthum des Guts schon anheim gefallen gewesen sein müsse. Dies aber kann, wie schon bemerkt, nur durch die Zutheilung geschehen, denn so lange bleibt das Gut gemeinschaftlich. Dies ergibt sich daraus, daß die Erben durch freie Vereinigung den Annehmer des Guts bestimmen können. In dem §. 5. des Gesetzes findet dies auch seine Bestätigung. Dieser §. sagt:

„Wenn eine den Bestimmungen des Gesetzes unter-

Digitized by Google

liegende Besitzung zur Erbtheilung kommt, ohne daß von dem Erblasser entgegengesetzte Anordnungen getroffen sind, so wird das Bauerngut nur einem der Erben zugetheilt, und die Theilung des ganzen Nachlasses auf diese Weise bewirkt, daß dieser Anerbe die eine Hälfte des einen Werths des Guts zum Voraus erhält, und die andere Hälfte dieses Werths, so wie das sonstige freie, zum Gute nicht gehörige Vermögen des Erblassers unter sämmtlichen Erben einschließlich des Anerben zur Theilung kommen. Der Anerbe hat für die Berichtigung sämmtlicher Nachlaßschulden zu sorgen, und erhält die Mittel dazu aus dem Nachlasse, so weit derselbe reicht und erforderlich, überwiesen."

Der Inhalt dieses §., welchen der erste Richter für seine Entscheidung angeführt hat, spricht demnach eher gegen die Richtigkeit derselben. Er beweist, daß nur eine förmliche Erbtheilung erst, welche nur unter Zuziehung sämmtlicher Miterben zu bewerkstelligen steht, die Rechte des wirklichen Anerben ins Leben ruft.

Daraus ergibt sich also auch, daß bei der Bestimmung des Anerben, sei es durch freie Vereinigung oder auch, wenn diese nicht zu erzielen, sämmtliche Miterben wesentlich interessirt sind, und ohne ihre Zuziehung über diese nicht verhandelt und entschieden werden kann. Wird dieser Gesichtspunkt, der nach dem ganzen Inhalte des Gesetzes vom 13. Juli 1836. sich als der unzweifelhaft richtige herausstellt, recht ins Auge gefaßt und festgehalten, so zeigt sich sogleich weiter, daß weder Kläger noch Verklagte zur Geltendmachung ihrer vermeintlichen Ansprüche den richtigen Weg eingeschlagen haben. Kläger kann so wenig mit der Verklagten als diese mit dem Kläger allein darüber verhandeln, welchem von ihnen beiden ein vorzügliches Recht zur Annahme des Guts, Anerbenrecht, zusteht, eben

Digitized by Google

weil keiner von ihnen allein hierüber zu disponiren befugt ist, sondern die Verhandlung hierüber, mithin auch ein darüber zu führender Prozeß kann nur unter Zuziehung sämmtlicher Erben statt haben. Eine Erbtheilung ist ja nur unter sämmtlichen Erben zu bewirken.

Deshalb erscheint dann auf beiden Seiten die Klage sowohl als die Widerklage in der Art, wie sie angebracht ist, unzulässig, sie mußte daher angebrachtermaaßen abgewiesen werden.

Das Erkenntniß erster Instanz war also hiernach abzuändern. Da Appellantin mit ihrem Antrage gegen den Kläger in so weit durchdringt, als die demselben das fragl. Recht zusprechende Entscheidung wieder aufgehoben werden muß, dagegen mit dem Antrage, ihr dasselbe zuzuerkennen, nicht durchkommt, so mußte in Ansehung des Kostenpunkts die Kompensation in dem angesetzten Verhältnisse nach §. 6. Tit. 23. der Prozeß-Ordnung eintreten.

Urkundlich ꝛc.

Digitized by Google

X.

Die Bestimmung des §. 660. A. L. R. L, 9. daß, wenn die Grenzen einer Sache oder eines Rechts durch Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmt sind, die Befugniß, diese Grenzen zu überschreiten, nur durch fünfzigjährige Präscription erworben werden könne und die Satzung des §. 663. daselbst, daß auch ein fünfzigjähriger Besitz den nicht schütze, welcher der Unredlichkeit dabei überführt werden könne, hindert den Erben des Contrahenten nicht, wenn er selbst nicht in bösem Glauben ist, die Verjährung gegen jene Bestimmung der Grenzen einer Sache oder eines Rechts anzufangen.

Rechtsfall,

mitgetheilt

von

Sommer.

(A. L. R. L. 9, §. 660, 663, 614, 615.)

Die obige Entscheidung ist in der Sache Schulte zu Drasenbeck gegen v. Cloidt zu Remlinghausen vor

Digitized by Google

12 Jahren vom Geheimen Obertribunal gefällt. Folgendes sind die betreffenden Gründe:

In der Nichtigkeitsbeschwerde wird dem Appellationsrichter hauptsächlich zum Vorwurfe gemacht:

daß er mit Unrecht angenommen habe,

„daß weder der von Gaugreben, welcher den Vertrag von 1751. abgeschlossen, noch auch dessen Universal-Successoren die Verjährung hätten anfangen können."

Diese Entscheidung beruhe auf einer unrichtigen Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Landrechts Th. I. Tit. 9. §. 660. — 663. und verletzte solchemnach Rechtsgrundsätze.

Dieser Vorwurf ist allerdings gegründet. Es scheint, daß die Entscheidung des Appellations-Richters hauptsächlich auf der Vorschrift Th. I. Tit. 9. §. 663. beruht, welcher lautet:

Auch ein fünfzigjähriger Besitz schützt den nicht, welcher der Unredlichkeit dabei überführt wird,

und nimmt hiernach an:

daß, sobald in einem Vertrage die Grenzen einer Sache klar bestimmt worden, nicht blos der ursprüngliche Kontrahent selbst, sondern auch seine Erben und Universal-Successoren dagegen niemals eine Verjährung anfangen können.

Es kann hier dahin gestellt bleiben:

ob der ursprüngliche Kontrahent selbst gegen den klaren Inhalt eines von ihm abgeschlossenen Vertrages niemals eine Verjährung anfangen könne?

Jedenfalls ist es unrichtig, wenn der Appellationsrichter annimmt:

Digitized by Google

daß in einem solchen Falle selbst die Erben des Kontrahenten die Verjährung nicht anfangen können.

Daraus, daß in einem durch den Erblasser abgeschlossenen Vertrage die Grenzen einer Sache deutlich und genau bestimmt sind, folgt nicht, daß, wie der Appellationsrichter sich ausdrückt, die Erben sich nothwendig im bösen Glauben befinden müssen, wenn sie die in dem Vertrage bestimmten Grenzen überschreiten. Der Vertrag kann abhanden gekommen, oder in Vergessenheit gerathen sein, es kann die Meinung vorgewaltet haben, daß er durch ein anderweites Abkommen beseitigt sei ꝛc. ꝛc.

In allen diesen Fällen kommt, wenn auch die Grenzen der Sache völlig klar bestimmt sind, in Rücksicht der Verjährung den Erben jedenfalls die 50jährige Präscription nach §. 660. am angeführten Orte zu Statten. Und ist keine völlig deutliche Bestimmung der Grenzen erfolgt, so reicht schon die 30jährige Präscription hin. Nur wenn sie der wirklichen Unredlichkeit überführt werden können, d. h. wenn es nachgewiesen werden kann:

daß sie der ihnen beiwohnenden Ueberzeugung ungeachtet, daß ihnen das Recht nicht gebühre, sich solches dennoch doloser Weise angemaßt haben, tritt der §. 663. ein.

Dies ergibt sich schon deutlich genug aus dem §. 663. selbst, wonach eine wirkliche Ueberführung von der Unredlichkeit des Besitzes verlangt wird.

Nicht minder deutlich sprechen sich hierüber die §§. 614. u. 615. aus. Und der §. 614. bestimmt ganz ausdrücklich:

daß ein jeder Nachfolger im Besitze, er sei Erbe oder nicht, außer dem Falle des §. 584. die Verjährung selbst dann anfangen könne, wenn gleich der Besitz seiner Vorfahren unredlich gewesen sei.

Digitized by Google

Hier ist es also deutlich ausgesprochen:

daß die Erben in der Regel die Verjährung anfangen können, sobald der Erblasser nur nicht durch Gewalt oder Diebstahl die Sache an sich gebracht hat.

Mit den solchergestalt ausgesprochenen Rechtsgrundsätzen hat sich der Appellationsrichter offenbar in Widerspruch gesetzt, wenn er angenommen hat:

daß Universal-Successoren unbedingt, oder wie er sich ausdrückt, nothwendig den bösen Glauben ihres Erblassers fortsetzten, und deshalb gar keine Verjährung anfangen könnten.

Hiernach ist daher die Nichtigkeitsbeschwerde erheblich und das Appellationsurtheil muß vernichtet werden, wenn es nicht durch andere Gründe aufrecht erhalten wird.

Digitized by Google

XI.

Bei der Verpflichtung der Gemeinde, in welcher Dienstboten, Handwerksgesellen ꝛc. in einem festen Dienstverhältniß erkranken, diese bis zu ihrer Wiederherstellung zu verpflegen, kommt es nicht darauf an, ob der Kranke hergestellt werde.

Rechtsfall
mitgetheilt
von
Herrn Rechtsanwalt
Scheele in Lippstadt.
(Gesetz vom 31. Dez. 1842. über die Verpflichtung zur Armenpflege.)

Die gegen das im Archiv Jahrgang XV. Heft 1. Nr. 20. S. 164. mitgetheilte obigen Satz ausſprechende Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Arnsberg eingelegte Nichtigkeitsbeſchwerde iſt durch folgendes Erkenntniß des Obertribunals und gewiß mit Recht verworfen, obiger Satz alſo auch vom höchſten Gerichtshof anerkannt.

Im Namen des Königs!

In Sachen der Gemeinde Miſte, Verklagten und Implorantin

Digitized by Google

wider

die Gemeinde Menzel, Klägerin und Imploratin hat der Erste Senat des Königlichen Obertribunals in seiner Sitzung vom 24. Septem. 1851. an welcher Theil genommen haben

der Chef-Präsident, Geheime Saats-Minister Mühler, die Geheimen Obertribunals-Räthe v. Gärtner, v. Tschirschky, Wilke I., Decker, Dr. v. Hermensdorff, Dr. Meier und Boswinkel

für Recht erkannt:

daß die gegen das Erkenntniß des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg vom 8. März 1851. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen und der Implorantin die Kosten dieses Verfahrens nebst einer Succumbenzstrafe von fünf Thalern aufzuerlegen.

V. R. W.

Gründe.

Zwischen den Partheien war darüben Streit entstanden: wer von ihnen zur Erstattung der durch die Kur und Verpflegung der Wittwe Bartolomä entstandenen Kosten verpflichtet sei?

Nachdem die Königl. Regierung zu Arnsberg die Gemeinde Menzel hierzu für verpflichtet erklärt hatte, beschritt diese den ihr nach §. 34. des Gesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Dez. 1842. freigelassenen Rechtsweg, und die Gemeinde Miste ist darauf durch das Erkenntniß II. Instanz zu jener Erstattung für verpflichtet erachtet worden. Zur Begründung der hiergegen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde ist

1. dem vorigen Richter vorgeworfen worden, daß er §. 86. Thl. II. Tit. 5. des A. L. R. und §. 86. der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810., dahin lautend:

Digitized by Google

„Zieht ein Dienstbote sich durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben eine Krankheit zu, so ist die Herrschaft schuldig, für seine Kur und Verpflegung zu sorgen.“

verletzt habe, da die Klägerin zur Begründung ihres Anspruchs in der Replik selbst behauptet habe:

„die Bartolomä sei krank geworden in Folge ihres Dienstes bei Brockmann, weil sie zu schwere Arbeit verrichtet und in einem offenen schlechten Hause gewohnt.“

Zugleich wird der vorige Richter processualischen Verstoßes nach §. 5. Nr. 10 a. der Verordnung vom 14. Dez. 1833., wegen Nichterwähnung obiger Aktenstelle beschuldigt.

Dieser Angriff muß jedoch für unbegründet erachtet werden. Es ist in den vorigen Instanzen von keiner Seite behauptet worden, daß der Brockmann zunächst zur Erstattung oder Tragung der vorgelegten Kosten verpflichtet sei, und es ist von keiner Seite eine Adictation desselben beantragt worden. Die Klage ging davon aus, daß die eine oder andere Gemeinde die Kosten erstatten müsse, und jene Bemerkung der Klägerin in der Replick hatte nur den Zweck, darzuthun, daß die Bartolomä gesund in den Dienst gekommen, mithin die Ausführung der Verklagten über die Zurückweisung verarmter angezogener Personen, wenn die Verarmung schon vor dem Anzug derselben vorhanden gewesen

(25. loco citat.)

hier nicht passend sei. In der Duplik erwiedert aber auch die Verklagte:

„Woher die Krankheit, welche den Tod der Bartholomä zur Folge gehabt, herrühre, ist unerheblich; sie war eine schwache kränkelnde Person, wie Brockmann bezeugen wird, als sie sich zu ihm ins Aschenthal

Digitized by Google

begab; sie hatte nur leichte Haushaltsarbeit zu besorgen, keine schwere Dienstleistungen, auch dies wird Brockmann attestiren.“

Bei dieser Lage der Sache hatte der vorige Richter keine Veranlassung, jene Bemerkung der Klägerin in der Replik zu erwähnen und es ist kaum einzusehn, wie Verklagte, nun Implorantin, die gerade das Gegentheil ausdrücklich behauptet hatte, ihn deßhalb, weil er jene Bemerkung unerwähnt gelassen habe, einer Verstoßung nach §. 5. Nr. 10 a. der Verordnung vom 14. Dez. 1833. beschuldigen konnte. Mit diesem unbegründeten Vorwurf fällt auch der der Verletzung der §§. 86. a. a. O. hinweg, da es auf jeden Fall an der thatsächlichen Grundlage für die Anwendung dieser Gesetze fehlte.

2. Der vorige Richter soll ferner die §§. 1. und 32. des allegirten Gesetzes vom 31. Dez. 1842. verletzt haben, weil der §. 32. einmal eine heilbare Krankheit der Dienstboten voraussetze, so wie ferner, daß jener von der betreffenden Gemeinde auch wirklich verpflegt worden, und sie dazu auch verpflichtet gewesen. Was die letztere Voraussetzung betrifft, so ist, wie bereits ausgeführt worden, die Verpflichtung der einen oder andern Gemeinde, für die fraglichen Kosten aufzukommen, als vorhanden vorausgesetzt worden und daher dem vorigen Richter nicht vorzuwerfen, daß er zur Anwendung des §. 32. diese Verpflichtung für nicht erforderlich erachtet habe. Ist aber für die Gemeinde die Verpflichtung zur Verpflegung des kranken Dienstboten nach §. 32. vorhanden und hat ein Dritter für sie die Verpflegung besorgt, so ist im §. 32. nichts enthalten, weßhalb derselbe von ihr nicht Erstattung für diese nützliche Verwendung oder Vorlage der ihr obliegen, den nothwendigen Ausgabe sollte verlangen können. Was aber die angebliche Voraussetzung einer unheilbaren Krankheit betrifft, so ist davon im §. 32. nichts enthalten. Auch

Digitized by Google

ist, wie der vorige Richter bereits mit Recht bemerkt hat, schwerlich vom Gesetzgeber beabsichtigt worden, einen solchen Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Krankheiten zu machen, und auf diese Weise die Verpflegungsverbindlichkeit von einer schwierigen oft kaum mit sicherm Erfolg vorzunehmenden Ermittelung abhängig zu machen.

In den §§. 25 — 31. a. a. O. ist von der einstweiligen Fürsorge für Arme, deren Verpflegung einem andern Armenverbande obliegt, namentlich im §. 29. für Arme, welche auf der Reise erkranken, bis dahin, daß sie ohne Nachtheil für ihre Gesundheit die Reise fortsetzen können und von der Erstattung dieser Kosten die Rede. Darauf bestimmt §. 32.

„Wenn Personen, welche als Dienstboten, Handwerksgesellen ꝛc. in einem festen Dienstverhältnisse stehen, erkranken, so müssen sie von der Gemeinde oder Gutsherrschaft des Orts, wo sie im Dienste sich befinden, bis zu ihrer Wiederherstellung verpflegt werden, ein Anspruch auf Erstattung der Kur- und Verpflegungskosten findet aber in diesem Falle gegen einen andern Armenverband niemals Statt."

Hier ist die Wiederherstellung nicht als Bedingung der bestimmten Obliegenheit aufgeführt, so daß letztere von Anfang an, als nicht bestehend zu betrachten wäre, wenn der Dienstbote im Dienste stirbt; sondern sie drückt hier, anscheinend im Gegensatze zu der einstweiligen Fürsorge, die Dauer der Verpflegung der im festen Dienst stehenden Dienstboten bis zur Wiedergenesung aus. Ob die Aufhebung des Dienstverhältnisses, als die vermuthliche Folge einer dauernden Krankheit, nicht ebenfalls als die Aufhebung der weitern Fürsorge der gedachten Gemeinde zu betrachten sei, ist eine andere, bei der gegenwärtigen Nichtigkeitsbeschwerde aber nicht zu entscheidende Frage.

Digitized by Google

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher nach §. 18. der Verordnung vom 14. Dez. 1833. unter Verurtheilung der Implorantin in die Kosten nebst Succumbenzstrafe zurückzuweisen.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterschrift des Königl. Obertribunals.

Berlin, den 24. September 1851.

(L. S.) gez. Mühler.

Nachwort.

Das Gesetz vom 31. Dez. 1842. ist für die Gemeinden nicht sehr erquicklich, insbesondre führt die Bestimmung §. 1. Nr. 3. eine große Härte mit sich; auch der §. 32. kann bei der nun ausgesprochenen Ansicht der Gerichtshöfe sehr drückend werden. — Die von dem Obertribunale im obigen Erkenntniß angeregte Frage, ob die Aufhebung des Dienstverhältnisses als die vermuthliche Folge einer dauernden Krankheit nicht ebenfalls als die Aufhebung der weitern Fürsorge der gedachten Gemeinde zu betrachten sei, verdient daher wohl eine nähere Beleuchtung.

Auf den ersten Anblick scheint diese Frage verneint werden zu müssen, denn das Gesetz bestimmt ausdrücklich die Wiederherstellung des Kranken als den Endpunkt der Fürsorge. Dennoch aber muß diese Frage meines Erachtens unbedingt bejaht werden. Das feste Dienstverhältniß in der Gemeinde ist es, was die Verpflichtung derselben zur Verpflegung begründet; diese Verpflichtung muß so mit wegfallen, sobald das feste Dienstverhältniß aufgelöst ist, da alsdann der Grund der Verpflichtung weggefallen ist. Wenn nun dessenungeachtet das Gesetz die Wiederherstellung als Endpunkt bezeichnet, so darf man annehmen, das Gesetz unterstellt, daß dieser Endpunkt noch in die Zeit des Dienstverhältnisses falle. Davon ausgehend,

Digitized by Google

daß die Verpflichtung nur überhaupt für die Zeit des Dienstverhältnisses bestehen sollte, hatte das Gesetz den Endpunkt der Verpflichtung nur innerhalb dieses Zeitpunktes zu bestimmen; auf die Frage, wie lange innerhalb dieses Zeitraums die Verpflichtung dauern solle, gab es zur Antwort; bis zur Wiederherstellung und hielt die Bestimmung, daß, wenn diese innerhalb dieses Zeitraums nicht erfolge, nur bis zur Zeit desselben die Verpflichtung dauere, als sich von selbst verstehend nicht für nothwendig. Die Ansicht, welche im Rescript des Ministers des Innern vom 10. April 1846. ausgesprochen ist, daß die im §. 32. l. c. der Gemeinde aufgelegte Verpflichtung ohne Rücksicht auf die Dauer der Dienstzeit eines Dienstboten bis zur Wiederherstellung fortdauere, stellt sich mithin ebenso als unrichtig dar, als die in demselben Rescripte niedergelegte Ansicht, daß bei chronischen und ganz unheilbaren Krankheiten der Gesinde dem Dienstorte für mehrere Jahre oder Zeitlebens nicht zur Last falle. Auf die Natur und Dauer der Krankheit kommt in dieser Beziehung gar nichts an, es entscheidet lediglich die Dauer des Dienstverhältnisses. *)

*) Wir erlauben uns, anderer Meinung zu sein. Das Gesetz §. 32 geht offenbar davon aus, daß diejenige Gemeinde, für deren Bewohner der arme Dienstbote sich geplagt, auch die Kosten seiner Wiederherstellung tragen soll, nicht aber die Gemeinde, aus der er vielleicht seit Jahren, um im Dienst der großen Städte sein Glück zu suchen, weggezogen. Die während der Krankheit erfolgende Dienst-Entlassung, zu der die neue Gemeinde und ihre Bewohner sich wohl sehr aufgelegt finden möchten! — kann in der einmal durch das Krankwerden im Dienste begründeten Verpflichtung der Kur und Verpflegung „bis zur Wiederherstellung" nichts ändern. Die großen Städte, welche die Dienstboten aus dem Lande von fern und nah an sich ziehen und korrumpiren, z. B. Berlin, würden sich allerdings bei jener Meinung sehr gut stehen.

Dr. Sommer.

Digitized by Google

XII.

Bedarf nach gemeinem deutschem Rechte das Anerkenntniß des Vaters, daß die väterliche Gewalt über den Sohn aufgehoben sei, der Form der gerichtlichen Emancipation und inwiefern besteht die römische juristische Personen-Einheit zwischen Vater und Kindern auch nach deutschem Rechte?

Rechtsfall,
mitgetheilt und erörtert
von
Sommer.

Bekanntlich ist es bestritten, in wie weit die römische Personen-Einheit zwischen Vater und Sohn in Deutschland noch bestehe. Nach altdeutschen Rechten hatte die väterliche Gewalt mehr die Natur des deutschen Mundinus als der römischen absoluten Herrschaft. [1] In dieses deutsche Familien-Verhältniß ist nun das römische Recht hineingestürzt mit seiner väterlichen Gewalt, und es ist hier wie bei so manchen anderen Fragen quaestio facti, wie beide Rechte bei ihrem Zusammenstoß die fragliche Lehre gestaltet

1) Koch Lehrbuch das Preuß. Recht II. §. 68.

Digitized by Google

haben. Das Suitätsrecht besteht unbestreitbar in Deutschland, eben so die Lehre von den Pekulien. Dagegen gelten unbedenklich Verträge zwischen Vater und Kindern,[1] bei Großjährigen unbedingt, bei Minderjährigen unter Zuziehung eines Curators, der bei dem gerichtlichen Abschlusse des Vertrags dem Kinde zu diesem Ende bestellt wird, ohne daß es dazu einer besondern Emancipation bedürfte.[2] Ebenso gelten die Verträge der Kinder unter einander, versteht sich, daß sie großjährig sind. Der Vater kann als natürlicher Vertheidiger seines Kindes die demselben zugefügte Injurie verfolgen, jedoch im Namen des Kindes.[3] Es finden aber auch Prozesse zwischen Vater und Kind statt.[4] Auch kann das Kind mit dem Vater Zeuge beim Testament eines Dritten sein, wenn es großjährig ist, nicht aber bei dem Testament des Vaters oder bei einem solchen, wo jener zum Erben eingesetzt ist.[5] — Eine in solcher Weise modifizirte Personen-Einheit nehmen die mehrsten Juristen an.[6]

---

1) Titius de contractibus patris liberorum in potestate ejus existentium. Lipsiae 1713. Breuning diss. an fictio unitatis personae hodie noceat pacto inter patrem et filium inito? Lips. 1771. Einert Diss. de valore donationum inter parentes et liberos. Lips. 1773. Gottf. Gottschalk annales jur. Saxonici cap. 3. p. 65. Rivinus diss. de emtione atque venditione patris et liberorum in potestate ejus existentium Lips. 1724. Künhold pr. decontroversia an conventiones patris cum liberis majoribus in ejus potestate constitutis emancipatione vel jur. civil. permissione deficiente, valeant, novissima sanctione. Lips. 1746. Haubold Sächs. Privatrecht §. 90.

2) Sächsische Decision 14. vom Jahr 1746.

3) Kleinschmidt Grundzüge zur Lehre von Injurien 2. §. 3. im Archiv des Criminalrechts Bd. 1. N. 4. S. 30.

4) Glück Pandektencomm. Thl. II § 138.

5) Notariats-Ordnung von 1512. von Testamenten § 6.

6) Siehe die Allegate in Gründler Polemik des Germanischen Rechts Bd. 3. §. 475. S. 12, woraus auch die obigen Allegate entnommen.

Digitized by Google

Es ist nun die Frage, wie diese in Deutschland so erheblich modifizirte römische väterliche Gewalt aufgehoben werden könne, ob nämlich die Emancipation noch nothwendig unter Gegenwärtigen mittels Erklärung vor dem Magistrat (Gericht) geschehen müsse (Emancipatio Justinianea. [1]) In dem vorliegenden Rechtsfalle hatte Franz Gödde zu Velmede durch einen notariellen Vertrag seinem ältesten Sohne Johann Gödde sein gesammtes Vermögen unter Feststellung von Kindtheilen und Leibzucht mit der Bemerkung übertragen, daß die Uebergabe bereits vor Abschluß des Vertrags Statt gefunden, so wie mit dem Hinzufügen, daß der Sohn bereits längst aus der väterlichen Gewalt entlassen sei. Nach des Sohnes Tode focht der Vater gegen die Enkel das Geschäft an, weil die im Vertrage bekannte frühere Entlassung aus der väterlichen Gewalt keineswegs Statt gefunden habe. Sowohl das Kreis-Gericht als das Appellations-Gericht zu Arnsberg haben die Klage zurück gewiesen.

Gründe des Appellations-Erkenntnisses.

Der Ackerwirth Franz Gödde zu Velmede hat mittelst notariellen Vertrages vom 25. Februar 1851. seinem Sohne Johann Gödde sein gesammtes Vermögen übertragen. Die Uebergabe des Vermögens hatte bereits vor Abschluß des Vertrages stattgefunden. Auch erklärte Franz Gödde im Vertrage ausdrücklich, daß sein Sohn Johann bereits längst aus der väterlichen Gewalt entlassen sei. Johann Gödde ist einige Monate nach Abschluß dieses Vertrages mit Hinterlassung einer Wittwe und fünf minderjährigen Kindern ab intestato verstorben. Den Vater gereuete es nunmehr, mit seinem Sohne kontrahirt zu haben. Er hat deshalb gegen seine Kinder Klage auf Ungültigkeits-

[1]) L. ult. Cod. de emancipat. (8, 49.)

Digitized by Google

Erklärung des Vertrages und auf Herausgabe des an ihren Erblasser übertragenen Vermögens, insofern dieselben solches noch im Besitze haben, erhoben. Die Klage ist auf die zwischen Vater und Sohn bestandene Personen-Einheit, in Folge deren sie miteinander nicht hätten kontrahiren können, gestützt und ist in dieser Beziehung angeführt, daß der Erblasser der Verklagten nie aus der väterlichen Gewalt entlassen gewesen sei, und die im Vertrage enthaltene entgegengesetzte Erklärung auf Irrthum beruht habe. Es habe nemlich weder eine förmliche Emancipation stattgefunden, noch sei die Entlassung aus der väterlichen Gewalt durch eine abgesonderte Wirthschaft des Sohnes herbeigeführt, vielmehr habe dieser, ohne ein eigenes Gewerbe zu betreiben, seit zehn Jahren mit Frau und Kindern am Tische des Klägers gegessen und dafür Aushülfe in dessen Ackerwirthschaft geleistet.

Die Verklagten haben die Abweisung der Klage beantragt, indem einestheils der Vater nach dem Tode seines Sohnes, Verträge über Entlassung desselben aus der väterlichen Gewalt nicht mehr anfechten könne, anderntheils aber auch in der durch den Kläger im Vertrage vom 25. 25. Februar 1851. niedergelegten Erklärung ein zu Recht bestehender Emancipationsakt enthalten sei. Zugleich behaupten sie, daß ihr Erblasser bereits vor Abschluß dieses Vertrages einen selbstständigen Haushalt gehabt habe.

Das Königliche Kreisgericht zu Arnsberg hat, ohne irgend einen Beweis zu erheben, mittelst Sentenz vom 16. Juni 1852. auf Abweisung der Klage erkannt, indem dasselbe annimmt, daß aus der Erklärung des Klägers im Vertrage vom 25. Februar 1851., verbunden mit dem Umstande, daß der Sohn verheirathet und Vater von fünf Kindern gewesen sei, auch das übertragene Vermögen schon vor Abschluß des Vertrages im Besitze gehabt habe, zur Genüge hervorgehe, daß der Sohn einen abgesonderten

Digitized by Google

Haushalt gehabt habe, und hierdurch aus der väterlichen Gewalt geschieden sei.

Kläger hat appellirt und beantragt, seiner Klagebitte gemäß zu erkennen. Er leugnete eine förmliche Emancipation oder die Errichtung einer besonderen Wirthschaft von Seiten seines verstorbenen Sohnes. —

Die Verklagten haben dagegen um Bestätigung des ersten Erkenntnisses gebeten. Sie weisen darauf hin, daß die Römische Idee von Personen-Einheit zwischen Vater und Sohn dem Germanischen Rechte fremd sei, und deshalb zwischen beiden gültige Verträge bestehen könnten.

Das erste Erkenntniß war lediglich zu bestätigen. Das deutsche Recht kennt nicht die Feierlichkeiten, unter welchen nach Römischem Rechte ein Sohn der väterlichen Gewalt entlassen wurde. In Deutschland beruht die Unabhängigkeit des Sohnes von der väterlichen Gewalt mehr auf thatsächlichen Verhältnissen. Wer faktisch unabhängig ist und des Schutzes und der Fürsorge seines Vaters entbehren kann, wird als emancipirt betrachtet, ohne daß der Vater in feierlicher Weise und unter bestimmten gesetzlichen Formen den Sohn für unabhängig zu erklären braucht. Deshalb hat die Verheirathung der Tochter oder die Errichtung einer separirten Wirthschaft von Seiten des Sohnes dieselbe Folge als eine ausdrückliche und feierliche Freierklärung. Von diesem Gesichtspunkte aus genügt aber gewiß die vom Kläger im Vertrage vom 25. Februar 1851. abgegebene ausdrückliche Erklärung, daß sein Sohn bereits längst der väterlichen Gewalt entlassen sei. Denn diese Erklärung ist ja nichts weiter, als die Anerkennung einer bestehenden Unabhängigkeit des Sohnes. Bei einer solchen Erklärung über rein faktische Verhältnisse kann sich aber der Kläger unmöglich geirrt haben; seiner Erklärung entspricht vielmehr die ganze Situation, worin sich der

Digitized by Google

Erblasser der Verklagten zur Zeit jener Erklärung befand. Auch Schweppe Bd. 4. S. 671. ist der hier vertheidigten Ansicht.

Aber auch hiervon abgesehen, und selbst zugegeben, daß der Erblasser der Verklagten nicht emancipirt gewesen sei, so ist doch der Vertrag vom 25. Februar 1851. vollkommen gültig. Nach römischem Rechte war die patria potestas eine ganz andere Gewalt als die nach deutschem Rechte. Sie stand gewissermaßen dem Eigenthumsrechte gleich und hatte sowohl extensiv als intensiv eine größere Bedeutung gewonnen als die Gewalt, welche die Natur den Eltern als Pflicht auferlegt, um das Kind zu leiten und zu schützen. Nach deutschem Rechte ist aber die letztere Rücksicht vorherrschend und die väterliche Gewalt endigt mit dem Bedürfnisse des Schutzes.

Eichhorn deutsches Privatr. §. 314.

Deshalb hat auch das deutsche Privatrecht die Römische Idee von der Personen-Einheit zwischen dem pater und dem filius-familias nie anerkannt. Auf dieser Fiktion der Personen-Einheit beruhet aber lediglich die Römische Vorschrift, daß Vater und Sohn miteinander keine Verträge schließen könnten.

Mackeldey §. 171.

Deshalb sagt auch Struben in seinen rechtlichen Bedenken Bd. 2. Bedenken 68:

„Da bei uns das Römische principium der so weit ausgedehnten väterlichen Gewalt hinwegfällt, so müssen auch billig die daraus herfliessenden conclusiones hinwegfallen, und man muß den Verträgen der Eltern mit ihren Kindern verbindliche Kraft beilegen."

Gleicher Ansicht ist auch Pütter in seinen elementis juris Germanici §. 412. und man kann wohl mit Recht behaupten, daß diese Ansicht eine nothwendige Folge der ver-

Digitized by Google

schiedenen Auffassung der väterlichen Gewalt von Seiten deutscher Rechtssitte ist.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

Diese Entscheidung ist sicher begründet. Sie lehnt sich zugleich ans römische Recht an. So sagt die L. 25. pr. de adoption. et emancipat. (I. 7.). „Post mortem filiae suae quae, ut materfamilias quasi jure emancipata, vixerat, et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum quasi non jure eam, nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur.“ Hat also der Vater nur nachgesehen, daß seine Tochter als eine selbstständige quasi emancipata lebte, so kann er deren Handlungen, als einer nicht emancipirten, nach ihrem Tode nicht anfechten. Gleich prägnant ist L. L. 6. de patria potestate (8. 47.) „Si filium tuum in potestate esse dices, Praeses provinciae aestimabit, an audire te debeat, cum diu passus sis, ut patris familias res ejus agi per eos, qui testamento et matris tutores nominati fuerant.“ Die Mutter hatte also der Tochter im Testamente Vormünder bestellt, sonach jedenfalls unterstellt, daß die Tochter aus der väterlichen Gewalt getreten; indem der Vater nun diese Vormünder das Vermögen seines Kindes (wahrscheinlich von der Mutter ererbt) verwalten ließ, fand der Kaiser darin einen nicht unerheblichen Grund gegen die fortdauernde väterliche Gewalt, deutete eine vom Richter näher zu erwägende Emancipation an. Kann also aus konkludenten Thatsachen die Aufgebung der väterlichen Gewalt gefolgert werden, so werden ausdrückliche, wenn gleich nicht vor Gerichte geschehene, zumal urkundliche Erklärungen, daß die Gewalt bereits aufgehoben sei, dieselbe Wirkung haben müssen. Für den vorliegenden Fall würde übrigens, da der Besitz auf den Sohn und dessen Erben übergegangen war, schon der Grund-

Digitized by Google

satz der L. 38. ff. de condict. indebit. (12. 6.), daß aus den während der väterlichen Gewalt zwischen den durch deren Band umschlungenen Personen geschlossenen Verträgen nach deren Aufhebung Einreden entstehen, die auf die Einheit der Person gegründete Klage beseitigt haben. (L. 25. 6. de donat. inter virum et uxorem 5. 16. L. 6. 5. 2. 6. de bonis quae liberis 6. 61.

XIII.

Nach der Gütergemeinschaft der Oranien-Nassauischen Landes-Ordnung reicht zum Begriffe der Erkoberung der Umstand allein, daß die Erwerbung in stehender Ehe erfolgt war, keineswegs aus, vielmehr ist dazu erfordert, daß a) in stehender Ehe und zwar durch Aufwendung, sei es der gemeinschaftlichen oder der Kräfte Eines der Ehegatten etwas ganz Neues vorher noch nicht Vorhandenes, auch nicht blos an die Stelle eines schon vorhanden gewesenen Gegenstandes Tretendes erworben worden, außerdem aber b) zum erkoberten Gute, abgesehen von ausdrücklicher Uebereinkunft nur die Ersparungen und Ueberschüsse der Revenüen oder des Gewerbebetriebs beider Eheleute zu rechnen sind. Es muß daher c) wenn schon vor eingegangener Ehe für den einen Ehegatten ein Recht auf einen gewissen Gegenstand

Digitized by Google

zur Sache entstanden war, diese Sache Eigenthum dieses Ehegatten bleiben, und kann nicht zum erkoberten Gute gerechnet werden, wenn auch der wirkliche eigenthümliche Erwerb erst in stehender Ehe erfolgt, es wäre dann, daß zur Erlangung dieses Eigenthums noch besondere Leistungen und Anforderungen erforderlich gewesen wären, dergestalt, daß der Erwerb des Rechts als ein erst in der Ehe selbst entstandener angesehen werden könnte.

(Or. Nass. Landes-Ordnung Th. IV. Kap. 9. §. 1. 2. 3. 4. 5. Th. I. Kap. 3. §. 20. 21. 22.).

Rechtsfall,
mitgetheilt
von
Sommer.

Diese Grundsätze sind in der folgenden Entscheidung des Obertribunals — zwar schon alt, aber unsers Wissens noch nirgend mitgetheilt — enthalten. Es beweist sich hier übrigens neuerdings, wie verwickelt und ungewiß und von Zufällen abhängig auch die Nassauesche Partikular-Gütergemeinschaft ist, und wie sehr die endliche Promulgation der allgemeinen Westphälischen Gütergemeinschaft zu wünschen.

Im Namen des Königs.

In Sachen der Ehefrau des Johann Heinrich Fick sen. Helene geb. Wolf früher verwittwete Heinrich Holdinghausen, Verklagte jetzt Revidentin, wider den Kurator

Digitized by Google

der Johann Heinrich Fik'schen Konkursmasse, Justiz-Commissarius Diesterweg, Kläger jetzt Revisen,

Erkennt das Königl. Geheime Ober-Tribunal für Recht: daß die Förmlichkeiten der Revision für berichtigt anzunehmen, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Civil-Senats des Königl. Oberlandesgerichts zu Arnsberg vom 15. Novbr. 1843. dahin zu ändern, daß das Erkenntniß des Königl. Land- und Stadtgerichts zu Siegen vom 23. Febr. 1843. mit der Maßgabe wieder herzustellen, daß dem Kläger seine Rechte auf Erstattung des, angeblich von dem zweiten Ehemann der Verklagten berichtigten Kaufgeldes für die von der Verklagten aus dem Peter Holdinghaus'schen Nachlasse erworbenen Grundstücke in separato vorzubehalten, die Kosten aller Instanzen aber zu kompensiren.

V. R. W.

Gründe.

Nach Inhalt der den Partheien vorgelegten und bei der Instruktion benutzten Hülfsakten ist das hier zum Grunde liegende Sachverhältniß dahin festgestellt: Nach dem Tode des am 30. Juli 1820. verstorbenen Hammerschmiedes und Eisenhändlers Peter Holdinghaus zu Hammerhütte kam unterm 24. August 1821. ein obervormundschaftlich bestätigter Vergleich zwischen dessen Erben und Kindern, nämlich den großjährigen Geschwistern Johann Heinrich und Anna Margaretha verehelichte Wolf und den Vormündern der 3 minorennen Miterben Amalia Maria Margaretha und Sophia verehelichten Schullehrer Thomas zu Stande, in Folge dessen das Mobiliar-Vermögen vertheilt, hinsichtlich der Immobilien aber festgesetzt wurde, daß deren Eigenthum sämmtlichen Erben gemeinschaftlich bleiben, die Grundstücke und Schmiede aber dem ältesten

Digitized by Google

Sohne Heinrich Holdinghaus gegen Vergütung von 4 Prozent des Taxwerthes in Verwaltung und Nutzung überlassen bleiben sollten, dergestalt, daß er sämmtliche Lasten und die Zinsen der eingetragenen Posten abführen und von dem Ueberreste der Revenüen zu 4 Prozent jedem Erben seinen Antheil zahle.

Der Heinrich Holdinghaus blieb hiernach im alleinigen Besitz dieser Grundstücke und starb in den ersten Monaten des Jahres 1828. mit Hinterlassung einer Wittwe Helene geb. Wolff (der jetzigen Verklagten) und zweier unmündigen Kinder, denen der Schwager ihrer Mutter, der Ehemann der Anna Maria Margaretha Holdinghaus, Egidius Wolff, zum Vormunde bestellt ward.

Bei der veranlaßten Regulirung des Nachlasses überreichte die Wittwe in dem dazu anberaumten Termine am 17. Novbr. 1828. neben dem Inventarium und dem Erbtheilungs-Rezesse über den Nachlaß ihres Ehemannes auch ein von dem Gerichtsscheffen Zimmermann auf ihren Antrag entworfenes und von den sämmtlichen vier Geschwistern Holdinghaus, so wie von ihr genehmigtes und vollzogenes Abkommen vom 3. Novbr. 1828. über die Erbtheilung des großmütterlichen Nachlasses des Peter Holdinghaus. Inhalts desselben erbot sich die Wittwe die zum Peter Holdinghaus'schen Nachlasse gehörigen Grundstücke für die Taxe im Gesammtbetrage von 2482 Thlr. 67½ Fr. gem. Geld unter Anrechnung der darauf haftenden Schulden im Betrage von 1866 Fl. 60 Fr. zu übernehmen, auch das darnach baar herauszuzahlende Quantum von 616 Thlr. 7½ Kr. an jeden der 5 Erbstränge mit 123 Thlr. 19½ Kr. in näher zu verabredenden Terminen herauszuzahlen und ersuchte die Geschwister Holdinghaus, falls sie mit dem Antrage einverstanden wären, das Scriptum mit ihre Unterschrift zu versehen, welches demnächst auch geschehen war.

Digitized by Google

Die Wittwe Heinrich Holdinghaus formirte bei Ueberweisung dieses Abkommens unter Auseinandersetzung der Gründe, aus welchen solches für ihre Kinder vortheilhaft erscheine, den Antrag, das Abkommen, allenfalls nach vorgängiger näherer Untersuchung und Ermittelung obervormundschaftlich zu genehmigen und die Abschliessung des förmlichen gerichtlichen Vertrages zu veranlassen. Der Vormund der beiden unmündigen Kinder (der Wittwe) erklärte sich hierauf mit dem Antrage der Wittwe in allen Punkten einverstanden und hielt eine fernere Untersuchung über die Nützlichkeit der Ueberlassung der Immobilien an die Wittwe unter den in dem Abkommen enthaltenen Bedingungen nicht für nothwendig.

Das Vormundschaftsgericht veranlaßte jedoch zuvor noch einige Recherchen hinsichtlich des großmütterlichen Nachlasses, die indeß nur langsamen Fortgang hatten und in Stocken geriethen, so daß erst unterm 19. Juni 1835 ein Termin zur Beendung dieser Angelegenheit statt fand.

Während dessen und zwar schon im Jahre 1829. hatte sich die Wittwe Holdinghaus an den Joh. Heinrich Fick sen. verheirathet, der auch nebst dem Vormunde Egidius Wolff in dem Termine vom 19. Juni 1835. erschien.

In demselben bezogen sich die Fick'schen Eheleute und der Vormund auf die frühern Verhandlungen, wonach der Wittwe Helene Holdinghaus, jetzt verehelichte Fick, die zum Peter Holdinghaus'schen Nachlasse gehörigen Grundstücke für die Taxe überlassen worden und bemerkte die Vormundschaft, daß das Vermögen des Ehemannes Fick dazu verwendet worden, die Antheile der 4 Geschwister Holdinghaus an deren Ueberlassungspreise zu berichtigen, der Antheil der Pflegbefohlenen aber von der verehelichten Fick sicher gestellt werden solle.

Nachdem hierauf noch die Ehemänner der 4 Schwestern Holdinghaus in den dazu anberaumten Terminen vom

Digitized by Google

26. Septbr. und 16. Dezbr. 1835., so wie 4. Feb. 1836. erklärt hatten, daß sie das Abkommen vom 3. November 1828. genehmigten und anerkannten, daß jedem der vier Erbinteressenten sein Antheil mit 123 Thlr. 19½ Kr. gem. Geld längst berichtigt worden, hierauf noch eine Abschätzung der Grundstücke Seitens des vormundschaftlichen Gerichts veranlaßt, auch noch die Erklärung eines besondern Kurators für die Pflegbefohlenen über die Ueberlassung der Grundstücke an die Wittwe Holdinghaus unter den im Abkommen vom 3. November (nicht Mai) 1828. enthaltenen Bedingungen erfordert und beifällig ausgefallen war, bestätigte das Vormundschaftsgericht mittelst Verfügung vom 15. Febr. und 14. März 1836. den darnach zu Stande gekommenen Erbrezeß.

Auf eine von den Grundakten ausgegangene Veranlassung ward nach schon erfolgter Bestätigung aus den bisherigen Verhandlungen von dem Kalkulator ein förmlicher Erbrezeß zusammengestellt, und ohne daß diese Zusammenstellung von den Interessenten noch besonders genehmigt oder vollzogen worden wäre, von dem Land- und Stadtgerichte zu Siegen mit der Approbationsklausel versehen ausgefertigt und zu den Grundakten herüber gegeben, auf den Grund welcher Ausfertigung nach vorgängiger Genehmigung der Fick'schen Eheleute der Besitztitel berichtigt worden, und für die minorennen Kinder erster Ehe wegen ihres in Verwaltung ihrer Mutter verbliebenen Vermögens Kaution eingetragen worden ist.

Aus dieser aktenmäßigen Darstellung ergibt sich:

1. Daß die Peter Holdinghaus'schen Erbinteressenten, nämlich die 4 Schwestern Holdinghaus und der Vormund der minorennen Kinder des verstorbenen Heinrich Holdinghaus, die zum Peter Holdinghaus'schen Nachlasse gehörigen Grundstücke mittelst des in term. den 17. Nov. 1828. überreichten schriftlichen Abkommens der Wittwe

Digitized by Google

des Heinrich Holdinghaus für die Taxe eigenthümlich überlassen zu wollen erklärt hatten, die schon immer im Besitze und in der Verwaltung der Wittwe gewesen waren,

2) daß jedoch die gerichtliche Genehmigung jenes Abkommens Seitens der Erbinteressenten namentlich auch Seitens der Ehemänner der vier Schwestern Holdinghaus, desgleichen die obervormundschaftliche Genehmigung der eigenthümlichen Ueberlassung an die Wittwe erst einige Jahre nach ihrer Wiederverheirathung erfolgt war, auch nach Lage der Akten die baar heraus zu zahlenden Uebernehmungsgelder von dem zweiten Ehemanne der Käuferin aufgebracht worden zu sein scheinen, dagegen

3) in allen auch den späteren, diese Angelegenheit betreffenden Verhandlungen die Wittwe Holdinghaus, demnächst verehelichte Fick als die Käuferin und Uebernehmerin dieser Grundstücke bezeichnet ist.

Nach dem unstreitig und unzweifelhaft bei der Entscheidung zum Grunde zu legenden Siegenschen Provinzialrecht, namentlich aber nach den Bestimmungen der Nassau-Katzenellenbogenschen Landesordnung vom 1. Mai 1616. steht fest, daß in Siegen unter Eheleuten nur eine Gemeinschaft des Erwerbes besteht, demgemäß jedem Ehegatten das ausschließliche Eigenthum seines in der Ehe inferirten Vermögens verbleibt und nur die Errungenschaft oder die Erkoberung (wie die Landesordnung sich ausdrückt) gemeinschaftliches Gut wird, so daß also die Entscheidung des hier vorliegenden Streits hauptsächlich und zunächst von der Frage abhängt:

> ob nach den vorausgeschickten faktischen Voraussetzungen die hier in Rede stehenden Grundstücke im Sinne der Landesordnung vom 1. Mai 1616. für erkoberte, zur Errungenschaft gehörige Güter anzusehen sind?

Digitized by Google

In dieser Beziehung enthält aber die Landesordnung folgende Bestimmungen:

Thl. IV. Cap. 18. unter der Ueberschrift: Was für erkobert Gut zu betrachten ist.

§. 1. Für erkobert Gut soll nach Inhalt dieser Ordnung dasjenige verstanden werden: was Mann und Weib aus demjenigen, was sie zusammengebracht und sonsten gehabt haben, in stehender Ehe erspart oder sonsten beiderseits mit mühsamem Fleiß und guter treulicher Haushaltung erworben und für sich bracht haben. Daher dann all dasjenige, was zwei Eheleute aus dem Ackerbau, Partirung, Krämerei, Wirthschaft, Wein- und Bierschank, davon sie sich nähren, durch Gottes Segen erworben, für ein gemeines erkobertes Gut zu achten ist.

§. 2. Desgleichen sollen auch die Güter, welche einer in stehender Ehe im Krieg oder in anderm Wege mit seiner Kunst oder Geschicklichkeit erwirbt, inkraft dieser Ordnung für erkobert geachtet und gehalten werden.

§. 3. Andere Güter aber, welche dem einen oder andern Ehegemahl von seinen Eltern oder andern Anverwandten durch Testament anersterben oder sonsten absonderlich geschenkt und gegeben werden sollen, für kein erkobertes Gut gehalten werden sollen.

§. 4. Also kann und soll auch das Gut, welches dem einen oder andern Ehegemahl ansersterben oder sonsten gegeben und geschenkt hernacher aber verkauft und zu Geld gemacht und ein anderes dafür gezenget wird, für kein erkobertes Gut geachtet, sondern soll den vorigen, an dessen Statt es gezeuget gleich gehalten werden.

§. 5. Würde aber der Ehegatte, den solches erkauftes Gut sonsten allein gebührt, den andern sein Ehegatten mit in Brief und Siegel setzen lassen, sich auch bei

Digitized by Google

sitzendem Gerichte, wie oben im ersten Theile Cap. III. §. 20. angedeutet, sich dessen und insonderheit ein Weib aus freiem ohngezwungenem Willen also rund erklären, so soll dasselbe Gut für ein gemein beider Eheleute Gut geachtet werden.

Diese Bestimmungen ergeben deutlich, daß zum Begriffe der Erkoberung der Umstand allein, daß die Erwerbung eines gewissen Gegenstandes in stehender Ehe erfolgt war, keineswegs ausreicht, vielmehr dazu erfordert werden soll:

a) daß in stehender Ehe und zwar durch Aufwendung sei es der gemeinschaftlichen oder der Kräfte Eines der Ehegatten etwas ganz Neues vorher noch nicht Vorhandenes, auch noch nicht blos an die Stelle eines schon vorhanden gewesenen Gegenstandes tretendes erworben ist, außerdem aber

b) zum erkoberten Gute, abgesehen von ausdrücklicher Uebereinkunft nur die Ersparungen und Ueberschüsse, der Revenüen oder des Gewerbebetriebes beider Eheleute zu rechnen sind.

Daraus folgt aber, daß, wenn schon vor eingegangener Ehe für den einen Ehegatten ein Recht auf einen gewissen Gegenstand zur Sache entstanden war, diese Sache Eigenthum dieses Ehegatten bleiben muß und nicht zum erkoberten Gute gerechnet werden kann, wenn auch der wirkliche eigenthümliche Erwerb erst in stehender Ehe erfolgt, es wäre dann, daß zur Erlangung dieses Eigenthums noch besondere Leistungen und Anforderungen erforderlich gewesen wären, dergestalt, daß der Erwerb des Rechts als ein erst in der Ehe selbst entstandener angesehen werden könnte.

Daß so die allegirten gesetzlichen Bestimmungen zu verstehen sind, geht aus den im §. 5. l. c. in Bezug genommenen Vorschriften des Cap. III. im ersten Theile der Landesordnung hervor, indem daselbst Folgendes festgesetzt ward.

Digitized by Google

§. 20. Und dieweil hier unterm 4. Thl. am IX. Kapitel Verordnung geschehen, daß dasjenige Gut, welches in stehender Ehe von des einen oder anderen Ehegatten Geld allein ist erkauft und doch der Brief auf beide Ehegatten wissentlich gerichtet worden, in Successionsfällen einem erkoberten Gute gleich gerichtet werden soll, so setzen, ordnen und wollen wir, daß deswegen durch unsern Schultheiß und Schöpfen eines jeden Gerichts um so viel fleißiger auf unsere beim §. 16. beschriebene Ordnung acht geben werden.

§. 21. Als dann auch ferneres zu verschiedenen Malen sich zugetragen, daß zwar die Kauf oder Wärschbrief auf beide Eheleute seind gerichtet, dieselben aber hernacher eher und bevor das erkaufte Gut gänzlichen bezahlt worden, durch den zeitigen Tod seiend geschieden worden und dahero desselben Guts halber Streit vorgefallen, indem daß des verstorbenen hinterlassene Kinder ein solches Gut für ein erkobertes Gut angegeben und zu dem Ende den Gewärschbrief für sich angezogen und sich hierbei zu handhaben gebeten haben; hiergegen aber des letztlebenden Ehegatten in der andern Ehe erzielten Kinder ein solches nicht zugeben wollen, sondern dagegen eingewendet, wie daß ein solches Gut zwar in der ersten Ehe erkauft, aber in der andern Ehe wäre bezahlt worden, dieweil wir dann eine Nothdurft erachtet, diese nun zum öftern vorgefallenen Streit durch diese unsere Ordnung seine Richtigkeit geben zu lassen, so setzen ordnen und wollen wir, daß diejenigen die Gewärschbrief für sich haben, bei demselben gut gehandhabt, aber hierbei in alle Wege angewiesen werden sollen, daß den Kindern letzter Ehe an demjenigen, was darin bezahlt worden, die Gebühr möge erstattet werden.

§. 22. Also und ebenmäßiger Gestalt, da gleich noch kein Brief darüber wäre gegeben, aber gleichwohl in erster

Digitized by Google

Ehe der Kauf geschlossen, aber noch nichts oder ja wenig darauf, sondern fürters in der andern Ehe der Kaufschilling erst wäre bezahlt worden, so sollen die Kinder erster auf ihr Begehren und Erstattung dessen, was in der Ehe bezahlt ist worden, bei dem erkauften Gut belassen werden.

Liegen nun gleich die in diesen letztern Gesetzen speciell erwähnte Fälle hier nicht vor, indem der Kauf der hier in Rede stehenden Grundstücke gar nicht im Laufe einer frühern Ehe, sondern nach aufgehobener erster und vor Eingehung einer zweiten erfolgt war und können insofern jene Vorschriften nicht direkt hier angewendet werden, so ergibt doch einestheils der ganze Zusammenhang, in welchem sie stehen, daß sie überhaupt einen allgemeinen Grundsatz haben ausdrücken wollen, anderntheils bestätigt diese Vorschrift nur dasjenige, was aus den Bestimmungen des 9. Kapitels im 4. Theile der Landesordnung über den Begriff der erkoberten Güter festgesetzt ist.

Prüft man aber hiernach, ob die streitigen Grundstücke, als solche, die in der Ehe der Fickschen Eheleute erkobert worden, anzusehen seien? so gelangt man zu dem Resultate, daß die diesfällige Behauptung des Fick'schen Konkurskurators unbegründet erscheint.

Die Verklagte hatte nemlich nach dem Obigen schon vor Eingehung ihrer Ehe den Kontrakt v. 3. Nov 1828. über die eigenthümliche Ueberlassung der zum Peter Holdinghausschen Nachlasse gehörigen Grundstücke mit den betreffenden Erbinteressenten abgeschlossen, der demnächst auch in der abgeschlossenen Art zur Erfüllung gebracht worden ist, hatte also schon vor Eingehung der Ehe ein persönliches Recht auf die Erwerbung jener Grundstücke erlangt. Der Appellationsrichter ist zwar der Ansicht, daß der Vertrag vom 3/17. November 1828. nicht als ein perfekter Vertrag angesehen werden könne, sondern nur in

Digitized by Google

den Gränzen von Traktaten geblieben sei. Dies ist aber irrig; der Appellationsrichter führt in dieser Beziehung an:

1) Es sei in dem Vertrage vom 3. Novbr. 1828. keine bestimmte Erklärung enthalten, daß die Verklagte die Grundstücke unter den im Dokumente enthaltenen Bedingungen wirklich übernehmen wolle, da es vielmehr nur darin heiße, daß Verklagte gedenke, die Immobilien auf diese Weise zu übernehmen. Abgesehen jedoch davon, daß dieser hier gebrauchte Ausdruck gar keinen hinreichenden Grund entnehmen läßt, anzunehmen, die Verklagte habe sich von den ganz bestimmt aufgestellten Bedingungen noch einen Rücktritt vorbehalten wollen, so erledigt sich das ganze Bedenken dadurch, daß die Verklagte den schriftlichen Vertrag in term. den 17. November 1828. dem vormundschaftlichen Gerichte überreichte, umständlich ihren Willen aussprach, denselben zur Erfüllung gebracht zu sehen und die Gründe auseinandersetzte, nach welchen er für ihre Kinder vortheilhaft erscheine, endlich ausdrücklich den Antrag formirte, solchen zu bestätigen. Eben so unbegründet erscheint

2) das zweite Bedenken, daß in dem Vertrage gesagt worden ist:

> die Witwe wolle jedem der Holdinghausschen Geschwister seine Rate vom Uebernehmungspreise herauszahlen, jedoch bewandten Umständen nach in gewissen noch zu verabredenden Terminen,

woraus der Appellationsrichter entnimmt, daß noch kein Einverständniß über die Bedingungen des Kontrakts vorhanden gewesen. Der Kontrakt enthält augenscheinlich alle wesentlichen Punkte eines Kaufvertrages. Denn es war der Gegenstand, die Person der Kontrahenten und der Preis ganz bestimmt ausgedrückt auch festgesetzt, welche Summe durch Uebernahme von Schulden, und welche baar herausgezahlt werden, und was jeder der Verkäufer davon

Digitized by Google

erhalten solle. Lediglich in Betreff der Zahlung der einzelnen Raten war stipulirt, daß diese Zahlung in gewissen mit jedem Interessenten zu verabredenden Terminen erfolgen solle, und damit hatten sich die Verkäufer durch ihre Unterschrift einverstanden erklärt.

Die vorbehaltene Verabredung war also keine Bedingung, von welcher die Perfektion des Vertrages überhaupt abhängig gemacht werden sollte, sondern nur eine Modifikation in Betreff der Zeit der Zahlung der einzelnen Raten des festgesetzten Kaufpreises, welche den Umständen nach mit den einzelnen Empfängern näher regulirt werden sollte.

Diese Stipulation würde also die einzelnen Empfänger, falls die vorausgesetzte Einigung nicht zu Stande gekommen wäre, nur berechtigt haben, die richterliche Bestimmung nach §. 129. I. 5. Landrechts nachzusuchen, ein Rücktritt vom Vertrage würde daraus aber niemals haben hergeleitet werden können, ist auch von den Kontrahenten niemals versucht worden. Es war vielmehr die vorausgesetzte Einigung und selbst die Berichtigung der einzelnen Raten des Kaufpreises längst erfolgt, als das gerichtliche Anerkenntniß des Vertrages selbst vorgenommen wurde. Noch weniger haltbar ist es, wenn der Appellationsrichter

3) anführt, der Kontrakt sei deshalb imperfekt, weil er von einem Vertreter der minorennen Kinder der Verklagten, die als Mitverkäufer dabei konkurrirten, nicht unterschrieben worden sei. Allerdings ist zwar das Dokument vom 3. November 1828. von dem Vormunde dieser Curanden nicht mit unterschrieben aus dem sehr natürlichen Grunde, weil damals demselben noch kein Vormund bestellt war. Allein in dem Termine vom 17. November 1828, in welchem die Verklagte den Vertrag überreichte, und dessen Bestätigung beantragte, trat der den Kindern der Verklagten indessen bestellte Vormund Egidius Wolff die-

Digitized by Google

sem Vertrage unbedingt bei und brachte die obervormundschaftliche Bestätigung in Antrag, wodurch sich das Monitum daher von selbst erledigt. Wenn aber der Appellationsrichter noch bemerkt, daß auch die jüngste der vier Schwestern Holdinghaus, Vornamens Sophie, wenngleich sie den Kontrakt unterzeichnet, nach der Erklärung des Mandatars der Verklagten, damals noch minderjährig gewesen, so übersieht er, daß diese Erklärung auf einem Irrthume beruht. Denn nach dem Inhalte des in den Vormundschaftsakten befindlichen Haupt-Erbrezesses über den Nachlaß des Peter Holdinghaus v. 24. August 1821. war die Sophie Holdinghaus, damals 13 Jahre alt, folglich am 3. Novbr. 1828. längst majorenn.

Ueberhaupt aber würden alle diese Umstände, wenn sie auch an sich begründet gewesen wären, die betreffenden Kontrahenten zwar haben berechtigen können, die Gültigkeit des Vertrages vom 3/17. Novbr. 1828. anzufechten. Da dies aber von keiner Seite geschehen ist, vielmehr sämmtliche Kontrahenten später den damals geschlossenen Vertrag für gültig anerkannt haben, so steht dem Kläger das Recht gar nicht zu, aus diesen Gründen das der Verklagten entstandene Recht zu bemängeln. Eben so unerheblich erscheint es, daß die vormundschaftliche Behörde sich veranlaßt fand, i. J. 1836. noch die Erklärung eines den minorennen Geschwistern Fick bestellten besondern Kurators über das Kaufgeschäft zu erfordern, weil es der Meinung war, daß das Interesse des eigentlichen Vormundes als Ehemannes der einen Mitverkäuferin mit dem der Kuranden collidire. Denn einestheils war diese Maßregel überhaupt überflüssig, da bei dem Verkaufsgeschäfte selbst die Kuranden als Mitverkäufer ganz das nämliche Interesse hatten, wie die Ehefrau des Wolff, anderntheils genehmigte auch der Kurator die von dem Vormunde unterm 17. Novbr. 1828. abgegebenen Erklärungen, der da-

Digitized by Google

mals geschlossene Kontrakt ward unverändert von allen Interessenten anerkannt und es liegt nicht der mindeste nähere Grund vor, anzunehmen, daß die Kontrahenten etwas anders beabsichtigt haben konnten, als daß seine rechtliche Wirksamkeit schon von jenem frühern Zeitpunkte des Abschlusses angenommen werden solle.

Allerdings war zur Gültigkeit des Vertrages die Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts und der Ehemänner der Verkäuferinnen erforderlich und Verklagte erwarb erst mit der erfolgten Bestätigung des Erbrezesses vollständig das Eigenthum, nicht minder erfolgte diese Bestätigung erst im Laufe ihrer zweiten Ehe.

Allein für die gegenwärtige Entscheidung erscheint dieser Umstand mit Rücksicht auf die Bestimmungen der Landesordnung gleichgültig, denn dessenungeachtet konnten dennoch die Grundstücke nicht als erkobert angesehen werden. Alles, was noch geschehen mußte, um das durch den Kontrakt entstandene Recht der Verklagten zu einem vollkommen wirksamen zu machen, ging von dritter Person aus, Seitens der Verklagten und ihres zweiten Ehemannes waren dazu keine Anforderungen von Kräften erforderlich und fehlte es daher an dem wesentlichen Merkmale einer Erkoberung; zwar mußte das Kaufgeld bezahlt werden und scheint nach Lage der Akten erst im Laufe der zweiten Ehe und sogar von dem Ehemanne der Verklagten bezahlt worden zu sein. Allein dies war eine bloße Verpflichtung, die aus dem für sie entstandenen Erwerb der Grundstücke hervorging und beendigte diesen Erwerb an sich nicht. Wenn der Ehemann der Verklagten die Verpflichtung seiner Frau erfüllte und sie von ihrer Verbindlichkeit befreite, so begründete dies nur einen Anspruch auf Entschädigung gegen sie, gewährte ihm aber kein Miteigenthum an den Grundstücken selbst. Dies folgt nicht nur aus dem Begriffe der Erkoberung, sondern ist auch in den oben alle-

Digitized by Google

girten §§. 21. u. 22. Cap. III. Tit. 1. der Landesordnung ausdrücklich ausgesprochen. Zwar erwähnt das Gesetz nur des Falles, wenn Kinder erster Ehe nur mit Kindern zweiter Ehe streiten, allein augenscheinlich und weil dieser Fall am häufigsten vorkam und zunächst Anlaß zu einer Kontroverse gegeben hatte, denn der ganze Zusammenhang ergibt, wie schon oben gesagt, daß hier ein allgemeines Prinzip hatte aufgestellt werden sollen. Dies ist denn auch immer angenommen worden. cf. Pieners Abhandlung in Ulrich's Neuem Archiv für Preuß. Recht Bd. IV. S. 335. Revidirter Entwurf des Partikularrechts des Fürstenthum Siegen §. 25. Bedenklicher könnte auf den ersten Anblick scheinen, ob nicht dennoch aus den Erklärungen der Verklagten selbst und mit Rücksicht auf den oben allegirten §. 5. Cap. III. Tit. 1. der Landesordnung eine erfolgte Erkoberung angenommen werde muß. Die Grundakten ergeben nämlich, daß, als zur Berichtigung des Besitztitels bei den der verehelichten Fick und ihren Kindern erster Ehe gehörigen Grundstücken geschritten werden sollte, und die Fick'schen Eheleute zu dem Zwecke vorgeladen waren, um die bei der Regulirung des Hypothekenfoliums nöthigen Erklärungen abzugeben, die Fick'schen Eheleute in term. den 3. Mai 1839. sub 2. erklärten: ‚die übrigen Grundstücke haben wir die Eheleute (Fick) durch den obervormundschaftl. bestätigten Erbrezeß vom 16. Dezbr. 1835. und 4. Febr. 1836. aus dem Nachlasse Peter Holdinghaus erworben,' — und es ist hierauf von dem Hypothekenrichter der Besitztitel bei den Grundstücken für beide Eheleute berichtigt worden. Das hieraus entstehende Bedenken erledigt sich aber bei näherer Prüfung. Weder in dem Kaufkontrakte vom 3/17. Novbr. 1828. noch in den spätern Verhandlungen und namentlich in den in Bezug genommenen Verhandlungen vom 16. Dezbr. 1835. und 4. Febr. 1836. ist der Johann Heinrich Fick als Mitkäu-

Digitized by Google

ser angeführt, vielmehr erwähnen sämmtliche, die Ueberlassung der Peter Holdinghaus'schen Grundstücke betreffenden Verhandlungen ausdrücklich nur die Wittwe des Heinrich Holdinghaus, nachher verehelichte Fick. Wenn diese späterhin, nach bereits bestätigtem Kontrakte vor dem Hypothekenrichter erklärte, daß sie jene Grundstücke vermöge jener Verhandlungen mit ihrem Ehemanne gemeinschaftlich erworben habe, so war dies ein durch den Inhalt der kontraktlichen Verhandlungen selbst sich widerlegender Irrthum, der der Verklagten um so weniger entgegenstehen kann, als ihre Erklärung im Protokolle vom 3. Mai 1839. eine blos historische ist, und nicht im entferntesten eine Abänderung der getroffenen kontraktlichen Bestimmungen bezweckte. Auch erfordert der §. 5, Cap. III. Th. 1. der Landesordnung ausdrücklich, daß die Ehegattin in dem über ein verkauftes Gut abgeschlossenen Vertrage selbst, den andern Ehegatten ausdrücklich als Mitübernehmer habe einschreiben und seinen Willen, daß es gemeinschaftl. Gut sein solle, rund erklärt habe.

An diesem Erfordernisse fehlt es hier gänzlich und unter diesen Umständen kann die dem Inhalte der Verträge widersprechende irrige Eintragung des Besitztitels auf den Namen beider Eheleute kein Recht für den Ehemann der Verklagten begründen oder den Kläger berechtigen, die der Verklagten allein gehörigen Grundstücke als erkoberte in Anspruch zu nehmen. Vielmehr erscheint dieser Anspruch, wie der erste Richter mit Recht angenommen hat, unbegründet, und mußte dessen Entscheidung daher in so weit wieder hergestellt werden. — Kläger behauptet jedoch, und die ohne Widerspruch der Verklagten in der Verhandlung vom 19. Juni 1835. Seitens des Vormundes der minorennen Geschwister Fick abgegebene Erklärung bestätigt es, daß der zweite Ehemann der Verkl. aus eigenen Mitteln die den 4 Geschwistern Holdinghaus baar herauszuzahlen-

Digitized by Google

den Antheile an den Kaufgeldern der Grundstücke berichtigt habe. So weit dies der Fall ist, hat er nach §. 21. und 22. Cap. III. Tit. 1. der Landesordnung ein Recht auf Erstattung und müssen daher dem Kläger die diesfalligen Rechte in separato vorbehalten bleiben, da bei der gegenwärtigen Instruktion dieser Punkt nicht hinlänglich erörtert, auch in den frühern Instanzen darüber nicht erkannt ist.

Die Kosten aller Instanzen waren nach §. 10. I. 23. Ger.-Ordn. zu kompensiren.

Berlin, den 11. Oktober 1844.

gez. Mühler.

Digitized by Google

XIV.

In Hohenzollern-Sigmaringen sind durch die Fürstliche Proclamation vom 14. März 1848. nicht die fixirten Landgarben erlassen, sondern nur die jährlich vom Rohertrage ausgehobenen Landgarben.

Rechtsfall,
mitgetheilt
von
Sommer.

Am 13. März 1848. wogte auch das Hohenzollernsche Volk vor den Thron, und erlangte in der Proclamation vom 14. März mehrere Erlasse, namentlich der Landgarbe. Der über die Auslegung dieser Satzung entstandene Prozeß ist in folgendem Erkenntniß entschieden.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Romuald Amann von Thalheim, Verklagten und Appellanten, gegen die Fürstliche Hofkammer zu Sigmaringen, Klägerin und Appellatin, hat der Civilsenat des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 12. Juni 1852. an welcher die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, von Bannwarth,

Digitized by Google

Schmidt, Schulz und Hülsmann Theil genommen haben, für Recht erkannt:

daß das Urtheil des Oberamts Wald vom 4. Nov. 1851. lediglich zu bestätigen und die Kosten der Appellation dem Appellanten aufzuerlegen.

V. R. W.

Gründe.

Der Verklagte erkennt die Rechtstitel der Klägerin, so wie die nach seinem Besitzstande in Anspruch genommene Quantität der Abgaben vollkommen an, und behauptet nur, daß die Abgaben zu I. und III. der Klage durch die Fürstliche Proklamation vom 14. März 1848. Pkt. 3. welcher lautet:

„in Unseren grundherrlichen Orten erlassen Wir die Landgarbe von jetzt an ohne Entschädigung,"

aufgehoben seien, da die in I. und III. bezeichneten Gülten von Landgarbeäckern herrühren, wie denn auch in anderen Gemeinden (Inzigkofen, Laiz ꝛc.) die gleichen Abgaben als aufgehoben betrachtet würden. Der Inhalt und die Rechtsbeständigkeit der gedachten Fürstlichen Proklamation ist klägerischer Seits zugegeben, deren Anwendbarkeit aber bestritten, da es sich in concreto nicht um die Landgarbe, sondern um eine fixirte Gült handle.

Da sich rücksichtlich der Auslegung des in der Fürstlichen Proklamation enthaltenen Verzichts streng an den Wortlaut derselben zu halten ist, so kommt es wesentlich auf den Begriff des Ausdrucks „Landgarbe" an.

Dieser Ausdruck bezeichnet aber unzweifelhaft die Abgabe eines abiquoten Theils des Rohertrags, gewöhnlich in der 5ten und 9ten Garbe bestehend, welcher wie der Zehent auf dem Felde erhoben wurde.

Diese Art von Abgaben bestand nach den eigenen Behauptungen des Beklagten nicht auf seinen Gütern, son-

Digitized by Google

dern es war statt derselben vorlängst eine feste jährliche oder zahlgleiche Abgabe in aufgemaaßter Frucht eingeführt worden. Hierdurch ist die Natur der Abgabe vollständig geändert worden und da die Fürstliche Proklamation den Verzicht nicht ausdrücklich auf solche fixirte Gülten ausdehnte, so ist man auch nicht berechtigt, den Begriff des Ausdrucks „Landgarbe“ dahin zu erweitern. Einer solchen Ausdehnung steht auch der muthmaßliche Grund des Verzichts entgegen, indem man annehmen muß, daß unter den damaligen Zeitverhältnissen gerade diese Abgabe vom Rohertrag, welche durch ihre Steigerung bei steigender Cultur durch die Erhebungsweise ꝛc. vorzüglich lästig erschien, nachgelassen werden wollte, während diese besondern Rücksichten bei einer fixirten Abgabe nicht eintraten.

Ob in anderen Gemeinden auch solche fixirte Gülten nachgelassen wurden, kann insofern nicht als erheblich erachtet werden, als ein solcher Nachlaß nach Obigem wenigstens nicht in Folge der Proklamation gefordert werden konnte, daher als ein freiwilliger anzusehen wäre, welcher keine Consequenz zu Gunsten des Klägers zuließe, und da rücksichtlich der Auslegung der Proklamation kein weiterer Zweifel besteht, so war ein Beweis über die Aufhebung der fraglichen Abgabe durch die Proklamation nicht zuzulassen, sondern, wie geschehen, das Urtheil des Oberamts Wald unter Verfälligung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz lediglich zu bestätigen.

Digitized by Google

XV.

Der nach geschehener Zahlung einer Abschiedssumme, also gegen Entgelt geschehene Verzicht auf fernere Ansprüche an einem Nachlaß ist nicht als Erbschaftskauf anzusehen.

(A. L. R. I. 11. §. 473. I. 16. §. 394.)

Rechtsfall

mittgetheilt

von

Sommer.

Die Bestimmung des A. L. R. I. 11. §. 473., daß Erbschaftskäufe bei Strafe der Nichtigkeit gerichtlich geschlossen werden sollen, hat viele Prozesse darüber, was zum Begriffe eines Erbschaftskaufs gehöre, herbeigeführt. Seit dem Gesetze vom 11. Juli 1845. §. I. c. haben wir jene Bestimmung nicht mehr. Für die verflossene Zeit gibt es noch Prozesse darüber, ob der vorliegende Vertrag unter den Begriff eines Erbschaftskaufs falle; dabei würde sich nun gleich fragen, ob nach §. 17. Einleitung z. A. L. R. das Geschäft nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen, oder in Folge §. 43. A. L. R. I. 3. nach dem alten. Dann aber auch ist, da §. 111. A. L. R. 17. eine Privat-Theilung nach den Regeln von Vergleichen beurtheilt, bei der Abfindung des Miterben die Grenze zwischen der Erbtheilung mit Vergleich und dem eigentlichen Erbschaftskauf

Digitized by Google

ſicher ſchwer zu finden. Das folgende Erkenntniß gründe die Gültigkeit eines gegen Entgelt geſchehenen Verzichts auf fernere Anſprüche am Nachlaß auf A. L. R. 16. §. 394.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Polizeidieners Joſeph Richter zu Remlinghauſen, Klägers und Appellanten, wider die im erſten Erkenntniſſe genanten Erben der Maria Thereſia Richter, Verklagte und Appellaten, hat der Civilſenat des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 8. Mai 1852. an welcher die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, Schmidt, Stündeck, Schulz und Hülsmann Theil genommen haben, für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der erſten Abtheilung des Kreisgerichts zu Arnsberg vom 9. Januar dieſes Jahres zu beſtätigen und Appellant zu den Koſten dieſer Inſtanz zu verurtheilen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

In einer am 24. Januar 1836. ausgeſtellten Urkunde hat Kläger bekannt, ſeinen ihm gebührenden Kindestheil mit 80 Thaler von ſeinem Schwager Anton Kotthoff erhalten zu haben und daß er auf alle fernere Anſprüche an den Nachlaß ſeines Vaters verzichte. Dennoch verlangt Kläger Legung eines Inventars über den väterlichen Nachlaß und als Erbe zu $^1/_3$ Herausgabe des Nachlaſſes nach Verhältniß ſeiner Betheiligung, indem er behauptet, daß die Urkunde vom 24. Januar 1836, weil einen Erbſchaftskauf enthaltend, nach §. 473. Titel 11. des Allg. Landrechts nichtig ſei.

Dieſer Behauptung kann indeß nicht beigetreten werden. Nach § 447. des Allgem. Landrechts a. a. Orte iſt

Digitized by Google

nur alsdann ein wirklicher Erbschaftskauf vorhanden, wenn das Erbschaftsrecht selbst, oder ein Theil desselben verkauft worden. Von einem Verkauf ist aber in der Urkunde keine Rede, vielmehr erklärt Kläger, daß er gegen die an ihn geleistete Zahlung von 80 Thalern auf alle fernere Ansprüche an dem väterlichen Nachlaß verzichte.

Es kommt deshalb der §. 394. Titel 16. des Allgemeinen Landrechts zur Anwendung, welcher bestimmt:

> Ist die Entsagung gegen Entgelt geschehen: so finden, wenn von einem zweifelhaften Rechte die Rede war, die Vorschriften von Vergleichen, sonst aber die Grundsätze des Titels von Verträgen, wodurch Gelder oder Sachen für übernommene Handlungen oder Unterlassungen gegen einander versprochen werden, Anwendung.

Unter diesen Umständen genügte nach §. 134. Tit. 5. des Allgemeinen Landrechts die schriftliche Form, weshalb das erste, dem Kläger abweisende Erkenntniß zu bestätigen war.

Urkundlich unter Siegel und Unterschrift.

(L. S.)

Digitized by Google

XVI.

Damit in dem Streite zwischen mehreren Armenverbänden der Rechtsweg zulässig werde, genügt nicht, daß die Bezirks-Regierung auf einseitige Beschwerden der im Verwaltungswege herangezogenen Gemeinde abschlägige Verfügungen erlasse, sondern es ist eine vorherige förmliche administrativ Entscheidung der Regierung über den Streit der verschiedenen Armenverbände erforderlich.

(II. Ges. v. 31. Dez. 1842. §. 34.)

Rechtsfall
mitgetheilt
von
Sommer.

Das folgende Erkenntniß spricht den oben ausgehobenen Grundsatz aus.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Armen-Vorstandes zu Hallenberg, Klägers und Appellanten wider die Provinzial-Armenanstalt zu Benninghausen, Verklagte und Appellatin, hat der Civil-Senat des Königl. Appellationsgerichts zu Arnsberg

Digitized by Google

in seiner Sitzung vom 25. September 1852. unter Theilnachstehender Richter: der Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, Wermuth, Schmidt, Schulz und Hülsmann den Akten gemäß für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Königl. Kreisgerichts zu Lippstadt vom 11. Juni 1852. lediglich zu bestätigen dem Appellanten auch die Kosten der zweiten Instanz zur Last zu legen.

Von Rechts Wegen

Gründe.

Die Gemeinde Hallenberg hat sich die Unterhaltung des hülfsbedürftigen Conrad Schmidt in Folge einer Verfügung der Königl. Regierung hier, unterziehen müssen. Die dagegen, durch alle Instanzen der Verwaltung geführten Beschwerden sind erfolglos gewesen, und der klagende Armen Vorstand, der sich dabei nicht beruhigen zu dürfen glaubt, hat, weil er seine Unterhaltungsverbindlichkeit des Schmidt bestreitet, im Mangel eines anderen dazu Verpflichteten aber die Verklagte als diejenige moralische Person ansieht, welche dafür aufzukommen gehalten, den Antrag dahin gerichtet:

zu erkennen, daß der Armenfonds der Stadt Hallenberg zur Unterstützung des Conrad Schmidt nicht verpflichtet sei, diese Verpflichtung vielmehr der Verklagten obliege, welche daher auch schuldig sei, den Conrad Schmidt zu übernehmen, und dem Kläger die für jenen bereits verwendeten Unterstützungskosten mit 49 Thlr. 29 Sgr. zu erstatten.

Verklagte hat widersprochen und zunächst die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges opponirt, über welchen nach ihrem Antrage prajudiziell zu entscheiden.

Das Erkenntniß des Kreisgerichts Lippstadt vom 11. Juni 1852. erachtete diese Einrede fur begründet und wies

Digitized by Google

den Kläger ab. Der letztere hat dagegen appellirt; allein die Bestätigung des ersten Urtels konnte nicht zweifelhaft sein.

Die hier zum Anhalte der Entscheidung dienende Norm ist das Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Dezember 1842. (Ges. Samml, 1843. Stück 8. dessen §. 34. wörtlich disponirt:

> Ueber Streitigkeiten zwischen verschiedenen Armenverbänden entscheidet die Landespolizeibehörde; betrifft der Streit die Frage: welcher von diesen Verbänden die Verpflegung der Armen zu übernehmen habe? so findet gegen jene Entscheidung der Rechtsweg Statt, doch muß letztere bis zu rechtskräftigen Beendigung des Prozesses befolgt worden; über den Betrag der Verpflegungskosten ist der Rechtsweg nicht zulässig.

Nach den klaren Worten dieser Verordnung sollen die etwa entstehenden Streitigkeiten zwischen verschiedenen Armenverbänden durch die Landespolizeibehörde, d. h. hier die Regierung entschieden werden. In dem vorliegenden Falle ist aber zwischen der Stadt Hallenberg und der Verklagten über die Verpflegung des Conrad Schmidt bisher nicht nur kein Streit gewesen, sondern es ist auch darüber noch keine Entscheidung der Königl. Regierung ergangen. Es liegen blos Verfügungen der Verwaltungsbehörden auf einseitige Beschwerden des Klägers vor.

Wenn nun der Rechtsweg gegen eine Entscheidung der Regierung über die Frage: welcher von zwei streitenden Verbänden die Verpflegung eines Armen zu übernehmen habe, für zulässig erklärt worden ist, so muß nothwendig eine solche Entscheidung bereits ergangen sein, bevor der Rechtsweg überhaupt betreten werden kann.

Da es hier an dieser Entscheidung fehlt, so ist der Rechtsweg zur Zeit offenbar unzulässig; das erste Urtel

Digitized by Google

war zu bestätigen und in Folge dessen Appellant in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

XVII.

1. Für die Fälle vor dem Gesetze vom 31. Dez. 1842. hat das Gesinde sein gesetzliches Domizil am Orte des Dienstes.

2. Ob eine in den Landen des französischen Rechts durch die Schwängerung nicht begründete, weil nicht anerkannte Verbindlichkeit zur Alimentation des unehelichen Kindes gegen den unehelichen Vater eintritt, indem er unter einer Gesetzgebung, wo jener Grundsatz nicht gilt, den Wohnsitz aufschlägt, und von diesem Zeitpunkte an.

(A. G. O. I. 2. 5. 19. 13. 14. Publ.-Pat. v. 9. Sep. 1811. §. 11. Publ. Pat. v. 9. Nov. 1816. §. 14.)

In dem folgenden Obertribunals-Erkenntniß ist ein nicht unwichtiger Grundsatz ausgesprochen. Die Anwendung der Grundsätze über den Wechsel der Gesetzgebung am Orte der Schwängerung auf den Wechsel des Wohnorts dürften wohl minder zutreffend sein, als die der obligatio naturalis, welche durch die Schwängerung entstanden und durch den Wechsel des Wohnorts eine Anerkennung erlangt. Freilich hat das Obertribunal am 21. Novbr. 1849. seine Ansicht zurückgenommen, (siehe Entscheidung **XVIII.** S. 39. ff.) allein für die Wissen-

Digitized by Google

schaft bleibt doch auch die folgende, noch nirgend mitgetheilte Entscheidung von Wichtigkeit.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Johann Heinrich Born zu Berghausen, Verklagten jetzt Imploranten, wider die unverehelichte Anna Katharina Böhl, für sich und als Vormünderin ihres unehelichen Kindes, im Beistande ihres Vaters Adam Böhl zu Grüssen, Klägerin jetzt Imploratin,

Erkennt das Königliche Geheime Obertribunal für Recht:

daß die gegen das Urtel des Civilsenats des Königl. Oberlandesgerichts zu Arnsberg vom 28. Septem. 1842. eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde für begründet zu achten, besagtes Urtel für nichtig zu erklären und die Kosten desselben niederzuschlagen; sodann die Förmlichkeiten der gegen das Urtel des Königl. Land- und Stadtgerichts zu Berleburg vom 31. März 1841. eingewendeten Appellation, für berichtigt anzunehmen, auch in der Hauptsache, Klägerin mit den, für ihr, am 28. Febr. 1839. außer der Ehe gebornes Kind geforderten Alimenten nicht gänzlich abzuweisen, vielmehr in dieser Beziehung das erste Urtel dahin abzuändern, daß Verklagter schuldig, von der Zeit an, wo er aus seinem Dienste zu Leimehaute, wiederum in seinen jetzigen Wohnort Berghausen zurückgekehrt ist, für gedachtes Kind, bis zu dessen zurückgelegtem 14 ten Lebensjahre und event. im Falle, daß es sich dann nicht selbst ernähren könnte, noch fernerhin Alimente, deren Höhe und Zahlungszeit in separato festzustellen, zu entrichten, im Uebrigen aber das erste Urtel zu bestätigen, die Kosten der ersten und zweiten Instanz so, daß der

Digitized by Google

Klägerin $^3/_4$, dem Verklagten $^1/_4$ zur Last zu legen, die des Nichtigkeits-Verfahrens aber zu gleichen Theilen zu kompensiren, mit Niederschlagung der gerichtlichen Kosten pro rata der Klägerin.

Von Rechts Wegen

Gründe.

Der Appellationsrichter hat die Anwendung des französischen Rechts im vorliegenden Falle um deshalb ausgeschlossen, weil der Verklagte zur Zeit der Schwängerung der Klägerin im Bereiche des französischen Rechts keinen Wohnsitz gehabt habe, dieser durch seinen Dienst in Leinenhaute nicht begründet worden sei, vielmehr er damals im rechten Sinne sein domicilium in Berghausen beibehalten habe.

Die hiergegen vom Imploranten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, die er auf unrichtige Anwendung der §. 9. 13. 14. Tit. 2. der Proz.-Ord. wie sie vom zweiten Richter zur Rechtfertigung seiner Ansicht bezogen sind, stützt, muß für begründet erachtet werden. Denn die Frage, welcher Ort als Wohnsitz einer Person zu betrachen ist, muß nach den Regeln über den Gerichtsstand beurtheilt werden, da keine andere darüber in den bisher geltend gewesenen Gesetzen zu finden sind, und das neuere Gesetz vom 31. Dezbr. 1842. (Ges. Samml. S. 8.) auf ältere Fälle keine Anwendung finden kann.

Nun hat aber das Gesinde nach §. 13. Tit. 2. der Pr. Ord. seinen Gerichtsstand in der Regel da, wo seine Herrschaft den ihrigen hat. Es muß also angenommen werden, daß dasselbe an dem Orte seines Dienstes seinen Wohnsitz aufgeschlagen habe.

Der Gesindedienst ist ganz dem Betriebe eines Gewerbes gleichzustellen, und wenn auch bei selbigem ein Wechsel des Dienstes und des Aufenthaltsortes häufig

Digitized by Google

vorzukommen pflegt, so ist dieser doch keineswegs nothwendig damit verbunden. Im Gegentheile läßt sich als Regel annehmen, daß das Gesinde da, wo es in Dienst tritt, auch bleiben will, und also die Absicht hat, daselbst seinen Wohnsitz zu nehmen.

Daß dies der Sinn der allegirten Vorschriften der Proz. Ord. ist, geht auch daraus hervor, daß §. 14. ibid. mit §. 13. in Verbindung gesetzt ist, folglich durch das gebrauchte Wort „ausserdem" angedeutet ist, daß das Gesinde unter der Voraussetzung seiner Selbstständigkeit, nicht zu den Personen gerechnet werden solle, welche nur einen temporairen Aufenthalt an einem gewissen Orte nehmen, wie denn auch Dienstboten nach §. 24. l. c. selbst, wenn sie länger als 3 Jahre von ihrem Geburtsorte entfernt gewesen sind, nicht als Vagabonden in gesetzlichem Sinne, d. h. nicht als solche angesehen werden sollen, die nirgends einen Wohnsitz genommen haben.

Gegen den, aus dem Zusammenhange der Gesetze sich ergebenden Satz, daß Gesinde am Orte seines Dienstes auch seinen Wohnsitz habe, hat der 2 te Richter angestoßen. Sein Urtel unterliegt daher der Vernichtung.

In der Hauptsache steht zwar der Klägerin, in so weit sie Alimente seit der Geburt ihres Kindes und eine persönliche Abfindung fordert, das französische Recht entgegen, welches zum Vortheil desselben, nach vorstehendem, zur Anwendung kommen muß, da die Folgen einer Handlung, hier die Schwängerung, nur nach den Gesetzen zu beurtheilen sind, in deren Bereich sie vorfiel, und es unbestritten ist, daß an dem Orte der Schwängerung das französische Recht galt und noch gilt, durch Ableistung des dem Verklagten deferirten Eides aber ermittelt ist, daß an einem sonstigen Orte, wo das gedachte Recht nicht gilt, ein Coitus zwischen den Partheien nicht statt gefunden hat. Eine dem französischen Rechte ganz fremde Abfindung für

Digitized by Google

ihre Person (cfr. Zachariae Handbuch des franz. Rechts §. 307. Not. 4.) kann daher die Klägerin nicht fordern. Auch ist eine Klage auf Alimentation des außer der Ehe gebornen Kindes, ohne ein, vom Verklagten in beglaubter Form ausgestelltes Anerkenntniß seiner Vaterschaft, das hier fehlt, nach Art. 340. des Code Napoleon unstatthaft, insoweit es sich um Alimente handelt, die seit der Geburt des Kindes gefordert werden, und für die Zeit, innerhalb welcher Verklagter dem französischen Rechte unterworfen war.

Denn die allegirte Vorschrift des Code Napoleon schloß die Geltendmachung eines solchen Alimentationsanspruches für jene Zeit, unbedingt aus, indem es als eine materielle, nicht blos die Beweistheorie betreffende Bestimmung anzusehen ist, daß eine Ermittelung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes — mit Ausnahme des Falles eines Anerkenntnisses oder einer stattgefundenen Entführung — untersagt ist, aus welcher Untersagung gefolgert werden muß, daß, da ohne solche Ermittelung ein Alimentenanspruch gar nicht durchzuführen ist, auch dieser selbst unstatthaft sei. (cfr. Rechtsansprüche B. I. pag. 424. und Seppl. Ergänzungen von Gräff ꝛc. 1. Abth. pag. 55.)

Allein diese Nichtverpflichtung des Verklagten zur Alimentirung des unehelichen Kindes, insofern er als dessen Vater anzusehen ist, hörte auf, sobald er sich aus dem Bereiche der Herrschaft des französischen Rechts weg und an einen anderen Ort begab, nach dessen Gesetzen der Alimentationsanspruch zulässig ist. Mit dem Zeitpunkte der Aufschlagung des Wohnsitzes in demjenigen Theile der Monarchie, worin das Allg. Landrecht gilt, trat die Verbindlichkeit des Verklagten, sein Kind zu ernähren, ein, und eben mit diesem Zeitpunkte hörte also die Wirksamkeit des französischen Rechts auf.

Ganz bestimmt ist der diesfällige Wille des Gesetz-

Digitized by Google

gebers in den Patenten vom 9. Septbr. 1811. §. 11. und 9. Novb. 1816. §. 14. (Seite 92. der Ges. Samml. pro 1814. Seite 220. 228. ib. pro 1816) für den Fall des Wechsels der Gesetzgebungen ausgesprochen, und es leidet kein Bedenken, diese Bestimmung auch auf den ganz analogen Fall des Wechsels der Wohnorte anzuwenden.

Verklagter hat nun nirgends bestritten, mit der Klägerin in der Conceptionsperiode concumbirt zu haben; sein diesfalliges Geständniß liegt vielmehr darin, daß er nur das Eheversprechen bestreitet, sich nur mit dem französischen Rechte zu schützen sucht und behauptet, daß Klägerin in der Conceptionsperiode mit andern Mannspersonen zugehalten habe.

Dieser Einwand ist aber nicht substantiirt, da der darüber deferirte Eid nicht auf bestimmte Thatsachen gerichtet ist, auch unerheblich (cfr. Hymmens Beitr. B. IV. S. 901.)

Da nun, nach dem, im Herzogthume Westphalen oder vielmehr Grafschaft Wittgenstein-Berleburg-Oranien in dieser Materie noch geltenden gemeinen Rechte die Alimentationspflicht des Verklagten, seit er demselben wieder unterworfen ist, unbedenklich besteht, so war in der Hauptsache, wie geschehen, zu erkennen.

Diese Entscheidung und die in Betreff der Nichtigkeitsbeschwerde, rechtfertigt zugleich die Bestimmung des Kostenpunkts.

Berlin, den 16. Mai 1843.

(L. S.) gez. Sack.

Digitized by Google

XVIII.

Die Gerichtsverfassung und der Civil-Prozeß in Preußen nach ihren Entwickelungs-Perioden bis auf die jüngste Zeit. — Zum Gebrauche für praktische Juristen von Joseph Eckelt, Königl. Preuß. Kreisgerichts-Direktor. Dritte, völlig umgearbeitete Auflage. Arnsberg, A. L. Ritter'sche Buchhandlung 1852. 8. S. X. 472. Preis 1 Thlr. 12½ Sgr.

Recension

von

Sommer.

Die erste Auflage dieses Werkes haben wir 1842. VIII. Bd. S. 331. unsres Archivs „mit großer Befriedigung" angezeigt.

Wir empfahlen damals „mit gutem Gewissen dieses Werk als ein treues Bild unsres Civilprozesses, und als ein vorzügliches Mittel, ihn zu erkennen und zu durchdringen. Wir bemerkten zugleich:" Freilich wird viel geredet von einer bald erscheinenden neuen Prozeß-Ordnung, von einem neuen Himmel und von einer neuen Erde, auf der alles bisher Dagewesene

Digitized by Google

nicht mehr gilt, allein nach sichern Berichten ist das dann doch so nahe und so leicht auch nicht."

Seitdem ist nun zwar der Civil-Prozeß durch die Novelle vom 21. Juli 1846. vorläufig abgeschlossen, und die Criminal-Ordnung hat sich Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Geschworne einimpfen lassen, gilt aber doch noch daneben, und noch hat man nicht Zeit (daran allein kann es liegen) gehabt, einen neuen Criminal-Prozeß-Codex auszuarbeiten, der sonst sehr füglich in einem mäßigen Bändchen von 100 Seiten zusammengestellt werden könnte. Ein Civil-Prozeß-Codex für die ganze Monarchie dürfte noch Schwierigkeiten haben, aber nur in der Zeit; die Prinzipien der französischen und preußischen Prozeß-Gesetzgebung sind sich so nahe gerückt, daß sie mit nicht sehr großen Schwierigkeiten überbrückt und vereinigt werden könnten. Inzwischen eilt das nicht, und darum werden wir auch wohl noch keinen neuen reinpreußischen Prozeß-Codex erhalten, der sonst nicht sehr schwer wäre, wie Kochs Preußischer Civil-Prozeß beweist. — Um so mehr ist daher ein Werk, wie das vorliegende, seit seiner ersten Anlage bedeutend vorgeschritten, ein dankenswerthes.

Der Verfasser liefert uns: Gerichts-Verfassung. A. die Institutionen der Rheinprovinz. B. Gerichts-Verfassung mit Ausschluß der Rheinprovinz, in 3 Perioden I. von 1794 bis 1806/7. II. Umgestaltung seit 1806/7 bis 1849. III. seit dem Jahr 1849. Er bringt sodann den Preuß. Civil-Prozeß. I. Allgemeine Uebersicht. II. Allgem. Lehren. III. Die verschiedenen Prozeß-Arten Uebersicht. IV. Der ordentliche Prozeß. A. Das gewöhnliche Verfahren. B. Abgekürztes Verfahren der einfachen oder sonst zu beschleunigenden Sachen. C. Abweichende Prozeß-Arten (Bagatell, Mandats-Prozeß, Injurienfachen). D. Instanz der Rechtsmittel. E. Vollstreckung der Erkenntnisse. V. Schleunige Prozesse, 1. Wechsel-Prozeß und Arrestfachen. 3. Merkan-

Digitized by Google

til-Sachen. 4. Bau-Sachen. 5. Possessorium summarissimum. 6. Miethsstreitigkeiten. VI. Besondere Prozeßarten. A. Vorbemerkungen über die aufgehobenen Prozeßarten, Exekutivprozeß, fiskalischer Civil-Prozeß, fiskalische Untersuchungen bei Entziehung von Steuern und Abgaben. Einziehung von Strafgeldern für die Gerichte. B. die einzelnen besonderen Prozeßarten. 1. Confiscations-Prozeß. 2. Todeserklärungen. 3. Vormundschaftliche Prozesse. 4. Blödsinnigkeitserklärung. 5. Sponsalien und Ehesachen. 6. Moratorien. 7. Cessio bonorum. 8. Beneficium competentiae. 9. Behandlung der Gläubiger. 10. Konkurs. 11. Liquidations-Prozeß. 12. Aufgebotssachen. 13. Gemeinheits-Theilungen. Man braucht diese Kantilene nur anzusehen, um sich zu überzeugen, daß das eigentlich keine wahrhaft besondere Prozeßarten sind, in allen gelten dieselben allgemeinen Principien, und was dazu gesetzt ist, sind meist die Belehrungen unsrer docirenden Prozeß-Ordnung über so vieles, was ein einsichtsvoller Richter von selbst weiß. Bei einer neuen Redaction unsrer Prozeß-Ordnung, wofür man, wenn wir einst je 2jährige Kammern haben, Zeit zur Vorbereitung finden wird, werden diese 13 besonderen Prozeßarten ganz erstaunlich zusammenschrumpfen. — Ein besonders anregender Gegenstand ist VII. das Prozeßverfahren in den Bezirken des Appellations-Gerichts zu Greifswalde und des Justizsenats in Ehrenbreitstein, so wie für die Hohenzollernschen Lande. Die hier behandelte Prozeß-Novelle vom 21. Juli 1849. ist meist ein Werk des seeligen Sprickmann, der dadurch die Fortschritte der altländischen Prozeßgesetzgebung auf den gemeinrechtlichen Prozeß impfte, und auch für die Fortbildung unsrer Civil-Prozeß-Gesetzgebung wichtig. Denn warum soll bei uns z. B. noch länger die betrübte Einrichtung bestehen, daß man in der Klage gleich alle seine Trümpfe ausspielen muß, während man am Ostrhein, in

Digitized by Google

Neuvorpommern und in Hohenzollern blos die Beweise für den Fall des Abläugnens bereit hält?

Das Werk des Verfassers ist ein gutes Es erleichtert denen, welche den Preußischen Prozeß concentrirt sehen wollen, das Studium und enthält manche wichtige Fingerzeige. Gruß dem biederen Verfasser, unsrem treuen Mitkämpen von 1848. in der großen, zuweilen stark verwirrten Stadt!

XIX.

I. **Finden die §. 521. 522. A. G. O. I. 50. für den Fall, wo ein Gläubiger mit Einem Kapitale auf mehrere Grundstücke zugleich eingetragen ist, und es sich um das Verhältniß handelt, nach welchem der Gläubiger auf die Kaufgelder eines jeden derselben angewiesen werden soll, aufgestellten Grundsätze auch bei der Kaufgelder-Vertheilung außer dem Concurse Statt?**

II. **Kann der auf mehrere Grundstücke mit mehreren Hypotheken eingetragene Gläubiger nach der Subhastation einzelner jener verpfändeten Grundstücke, die er selbst erstanden hat, im Kaufgelderbelegungs-Termin auf die Realisirung seiner ersten Hypothek aus den subhastirten Grund-**

Digitized by Google

stücken verzichten, sich für seine zweite Hypothek daraus befriedigt erklären, und nun mit der ersten Hypothek, welche sonst durch jene Kaufgelder gedeckt gewesen wäre, die Hypothekarklage gegen die Besitzer dafür mit verpfändeter, noch nicht subhastirter Grundstücke anstellen? Oder aber

III. Kann der Gläubiger, dem mehrere Grundstücke hypothekarisch verhaftet sind, seiner Seits wohl das eine oder das andere aus dem Pfandverbande entlassen, ohne daß aber dadurch das den übrigen correis durch die Eintragung erworbene Recht auf Ausgleichung genommen werden könnte, so daß also auf Grund der Erklärung des Eigenthümers nicht anders gelöscht werden kann, als wenn auch der Besitzer und die übrigen Real correi damit einverstanden sind?

Rechtsfälle,

mitgetheilt

von

Sommer.

Die hier ausgehobenen Fragen gehen in die Tiefen der Preußischen Hypothek ein, und wirken auf die von v. d. Hagen so bündig bearbeitete Hypothek des Eigenthümers zurück. Die Iste Frage ist allerdings schon vom höchsten Gerichtshofe (Entscheidungen XVIII. S. 473. ff.) in richtiger Anwendung der Verordnung vom 28. Dez. 1840. bejahend entschieden. Die Auslegung und Anwendung der gedachten §§. 521. 522. A. G. O. I. 50. ist

Digitized by Google

aber ein schwieriger Gegenstand der folgenden Fragen. — Die Frage II. wird durch die folgenden Erkenntnisse des Appellations-Gerichts zu Arnsberg und des Obertriebunals entschieden, die Frage III. dagegen ist Gegenstand des folgenden Erkenntnisses des Arnsberger Kreisgerichts in Sachen Brutscheit gegen Schulte. Immerhin aber halten wir, was die IIte Frage betrifft, es doch noch für sehr zweifelhaft, ob die Compensation der Forderungen des kaufenden Hypothekar-Gläubigers sich nicht von Rechtswegen nach dem bestehenden Vorrechte begebe, so daß einseitige Erklärungen zum Nachtheile Dritter nicht wirken können, daß mit anderen Worten die einzelne Parthei die Vertheilung der Kaufgelder nicht anders vollziehen könne, als der vertheilende Hypothekenrichter sie vertheilen müßte. Die Frage verdient weitere Besprechung.

I.

Arnsberg am 13. Dez. 1850.

Im Namen des Königs!

In Sachen der Ackerwirthe Christoph Schmidt, Laurenz Gerling, Philipp Köchling, Wilhelm Gerling und des Tagelöhners Ignatz Sprathe, sämmtlich zu Bonkirchen, Verklagte und Appellanten, wider den Handelsmann Simon Schönemann zu Hellminghausen, Kläger und Appellaten, hat der Civil-Senat des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 20. Dezember 1851., an welcher die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, Schmidt, Stündeck, Schulz und der Kreisgerichts-Rath Westermann Theil genommen haben, für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der I. Abtheilung des Kreisgerichts zu Brilon vom 9. April 1851. zu bestätigen und Appellanten zu den Kosten dieser Instanz und

Digitized by Google

in eine Succumbenzstrafe von Vier Thalern zu verurtheilen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Der Ackerwirth Caspar Lahme zu Bontkirchen verpfändete in der notariellen Obligation vom 16. Mai 1843. dem Simon Schönemann für ein baares Darlehn von 270 Thlr. außer mehreren andern Immobilien auch die Grundstücke Flur I. Nr. 80. 135. 141. 143. und Flur II. Nr. 236. von welchem letztere Grundstücke später ein Theil von 11½ Ruthen an Ignatz Sprathe verkauft und abgetreten wurde. Auch verkaufte Lahme nach erfolgter Eintragung der Hypothek die übrigen, eben bezeichneten Grundstücke an die oben benannten Verklagten. Die im Besitze des Schuldners verbliebenen Grundstücke wurden später subhastirt und dem Simon Schönemann adjudizirt. Im Kaufgelderbelegungs-Termine verzichtete Schönemann auf Befriedigung wegen einer vorstehend eingetragenen Forderung ad 300 Thlr., eine andere ad 94 Thlr. 3 Sg. 8 Pfg. compensirte er auf die Kaufgelder und erklärte hinsichtlich der Darlehnsforderung ad 270 Thlr., daß er nur die privilegirten Zinsen mit 38 Thlr. 12 Sgr. liquidiren und auf die Kaufgelder compensiren, auf Abtragung des Kapitals aus den jetzigen Kaufgeldern verzichten wolle. Er nahm hierauf die Kaufgelder auf zwei andere dem Subhastaten vorgestreckte und postlocirte Darlehne in Anspruch und in Empfang. Jetzt verlangt er von den Verklagten die Herausgabe der für seine Forderung ad 270 Thlr. verpfändeten und von ihnen besessenen Grundstücke Behufs Subhastation derselben.

Die Verklagten widersprechen diesem Anspruche und führen an:

Schönemann habe, wie er eidlich nicht leugnen werde,

Digitized by Google

den Verklagten Köchling und Sprathe versprochen, die von ihnen angekauften Grundstücke aus dem Hypothekennexus zu entlassen und dem Lahme und dessen Erben die subhastirten Grundstücke für den Kaufpreis wieder abzutreten, und sie deshalb aufgefordert auszustreuen, daß die Subhastation wieder aufgehoben sei. Auch habe Kläger im Kaufgelder-Belegungsverfahren seine Rechte dadurch beeinträchtigt, daß er sich durch die oben erwähnte Manipulation Befriedigung wegen seiner postlocirten Forderungen verschafft habe. Nach den Bestimmungen der A. G. O. Thl. I. Tit. 50. §. 520. seq. sei Kläger verpflichtet gewesen, eine Ausgleichung eintreten zu lassen, so daß er jetzt nicht mehr fordern könne, als er erhalten haben würde, wenn bei jener Subhastation auch die jetzt in Frage stehenden Grundstücke ebenfalls verkauft wären. Die Schuldurkunden über die beiden in Subhastationsverfahren erhobenen Forderungen seien blos zum Scheine ausgestellt und valuta nie gezahlt, wie Kläger eidlich nicht verabreden werde. Kläger habe die Richtigkeit dieser Forderungen nicht dargethan und deshalb auch nicht gegen die Kaufgelder compensiren können, er habe vielmehr die Compensation auf seine Darlehnsforderung ad 270 Thlr. eintreten lassen müssen. Der Mitverklagte stellte endlich in Abrede, daß das in seinem Besitze befindliche Grundstück für diese Darlehnsforderung als Hypothek hafte. Die Verklagten beantragten demgemäß principaliter, den Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen, eventuell aber, in Rechten auszusprechen, daß Kläger seine Befriedigung wegen des Kapitals ad 270 Thlr. nebst Zinsen nur aus den Kaufgeldern des gesammten, von Caspar Lahme in der Obligation vom 16 Mai 1843. ihm verpfändeten Grundvermögens nach dem im §. 521. und §. 522. der A. G. O. Thl. I. Tit. 50. bestimmten Verhältnisse zu erlangen berechtigt sei.

Nachdem Kläger sämmtliche Anführungen der Ver-

Digitized by Google

klagten bestritten und die ihm deferirten Eide acceptirt hatte, erkannte die erste Abtheilung des Königl. Kreisgerichts zu Brilon unterm 9. April 1851. nach dem Klageantrage, indem sie sämmtliche Einreden des Verklagten verwarf. Die Verklagten haben gegen dieses Erkenntniß Appellation eingelegt, ohne neue Thatsachen anzuführen. Sie deduciren, daß die Forderung ad 270 Thlr. ex documento vom 16. Mai 1843. als eine der ältern, durch den Ausfall der Subhastation gedeckten, erloschen sei, eventuell daß Kläger auf Grund der im §. 521. der A. G. O. Thl. I. Tit. 50. enthaltenen Bestimmung nur eine theilweise Befriedigung der Forderung verlangen könne. Kläger sucht das Gegentheil zu deduciren und beantragt die Bestätigung des ersten Erkenntnisses.

Diese mußte auch erfolgen. Zuvorderst ist die von Ignatz Sprathe erhobene Einrede, daß sein Grundstück hypothekarisch nicht verhaftet sei, unbegründet. Aus den Spratheschen Grundakten in Verbindung mit der Obligation vom 16. Mai 1843. ergibt sich, daß das fragl. Grundstück ursprünglich einen in Bontkirchen belegenen Hofraum von 48 Ruthen 34 Fuß Größe dargestellt und von diesem Grundstücke der Besitztitel für Caspar Lahme ex decreto vom 28. Juni 1838. berichtigt ist. Lahme hat hierauf das Grundstück in der Obligation vom 16. Mai 1843. dem Simon Schönemann für dessen hier in Rede stehende Forderung zur Hypothek gesetzt und ist die Hypothek ex decreto vom 20. Mai 1843. ins Hypothekenbuch eingetragen worden. — Erst mittelst Kaufcontrakts vom 28. Dez. 1846. hat Caspar Lahme einen Theil dieses Grundstücks — nemlich 11½ Ruthen — seinem Schwiegersohne Sprathe für 10 Thlr. verkauft.

Die fernere Einrede der Verklagten, daß Kläger den Mitverklagten Philipp Köchling und Ignatz Sprathe beim Ankauf der verhypothezirten Parcellen von dem ursprüng-

Digitized by Google

lichen Schuldner mündlich versprochen habe, dieselben unentgeldlich aus dem Hypothekennexus zu entlassen, kann ebenfalls nicht berücksichtigt werden, da ein solches Versprechen zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form bedurft hätte. —

Auch der Einwand, daß Kläger durch falsche Vorspiegelungen es veranlaßt habe, daß ihm in der Lahme'schen Subhastation das Grundvermögen zu einem geringen Preise zugeschlagen sei, ist unerheblich. Denn es steht mit dem vorliegenden Rechtsstreite in gar keiner Verbindung und würde höchstens dem Subhastaten und seinen Gläubigern Ansprüche gegen den jetzigen Kläger verleihen.

Eben so ist der Einwand, daß Kläger beim Kaufgelderbelegungsverfahren zur Ungebühr mit zwei Forderungen ad 302 Thlr. und resp. 389 Thlr. 20 Sgr. zur Hebung gekommen sei, weil diese Forderungen in Wirklichkeit gar nicht existirt hätten und die Obligation vom 8. Oktober 1846. nur zum Schein ausgestellt sei, offenbar eine exceptio de jure tertii. Die Verklagten, welche bei der Subhastation gar nicht als Interessenten aufgetreten sind, können selbstredend gegen die Distribution der Kaufgelder keine Erinnerungen erheben. War wirklich die Obligation vom 8. October 1846. nur zum Scheine ausgestellt, so mögen dieses der Subhastat oder dessen Gläubiger gegen den Kläger Schönemann geltend machen.

Der letzte und offenbar wichtigste Einwand der Verklagten ist offenbar der, daß Kläger im Kaufgelderbelegungstermine auf Berichtigung seines Kapitals ad 270 Thlr. aus der vorhandenen Masse nicht habe verzichten können, oder daß wenigstens das Kapital nur theilweise auf den in ihrem Besitze befindlichen Grundstücken hafte, da auch andere Immobilien dafür verpfändet gewesen seien. Auch dieser Einwand ist unhaltbar. Zwar verordnen die §. 159. seq. Tit. 2. der Hypothekenordnung, daß, wenn Güter für

Digitized by Google

eine Schuldforderung solidarisch zum Unterpfand verschrieben sind, die Eintragung der ganzen Post auf jedem Gute besonders geschehen, und dabei bemerkt werden solle, auf welche andere Güter dieselbe ebenfalls eingetragen sei, auch enthält der §. 521. der Concursordnung eine Bestimmung, wie die Befriedigung erfolgen solle, wenn ein Creditor mit Einem Kapitale zugleich auf mehreren Gütern eingetragen ist, allein durch diese Bestimmungen wird der von den Verklagten gemachte Einwand nicht gerechtfertigt. Diese Bestimmungen behandlen dem Gläubiger gegenüber die mehrere solidarisch verpfändeten Güter als ein Pfandobjekt und stellen die Besitzer der einzelnen Güter gegen ihn in das Verhältniß der correi debendi. Der §. 521. der Allg. G. O. Thl. I. Tit. 50. enthielt deshalb mit Recht darüber eine Bestimmung, nach welchem Verhältnisse der Gläubiger der Correal-Hypothek auf die Kaufgelder eines jeden einzelnen Grundstücks anzuweisen sei. Denn hier wird der Fall vorausgesetzt, daß sämmtliche zur Hypothek gesetzten Grundstücke zugleich verkauft sind und die sämmtlichen Kaufgelder zur Vertheilung bereit liegen. Die gegenwärtige Frage bewegt sich dagegen auf einem andern Felde. Es handelt sich hier nicht um das Verhältniß der Correalverpflichteten unter sich, sondern um das Recht des Gläubigers, aus welcher Hypothek er seine Befriedigung suchen wolle und könne. Hier entscheidet der §. 468. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R., welcher bestimmt, daß der Gläubiger bis zu seiner Befriedigung an jedes der mitverpfändeten Güter, sowie an jeden getrennten Theil eines ihm verpfändeten Guts sich halten könne. Hieraus folgt denn, daß ein Gläubiger in Ansehung seiner Rechte durch die Einwilligung anderer nicht beschränkt sein kann; er kann die Hypothek an dem einen ihm verhafteten Grundstücke aufgeben, ohne daß hierdurch die Besitzer der übrigen solidarisch verhafteten Grundstücke

Digitized by Google

eine völlige oder theilweise Befreiung von der Schuld erlangen. Wenn deshalb einem Gläubiger unbedenklich zusteht, eins der verhafteten Güter gegen sich des hypothekarischen Nexus zu entlassen, so folgt hieraus noch nicht, daß er auch befugt sei, durch seinen einseitigen Antrag auf Löschung des auf dem einen Gute stehenden Intabulats das Verhältniß gegen die übrigen Güter aufzuheben. Dieses kann er nicht, weil er das zwischen mehreren zur Hypothek gesetzten Gütern bestehende Correalverhältniß seiner Seits nicht lösen kann. Hieraus sieht man, daß die Bestimmung im §. 159. Tit. 2. der Hypothekenordnung einen materiellen Zweck vor Augen hat, ohne daß der Gläubiger in Geltendmachung oder Aufgebung seiner Hypothekenrechte irgendwie beschränkt ist.

Demgemäß konnte nur, wie geschehen, erkannt werden.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

II.

Im Namen des Königs!

In Sachen der Ackerwirthe 1. Christoph Schmidt, 2. Laurenz Gerling, 3. Philipp Köchling und 4. Wilhelm Gerling, sämmtlich zu Bonnkirchen, Verklagten und Appellanten, jetzt Imploranten, wider den Handelsmann Simon Schönemann zu Hellminghausen, Kläger und Appellaten, jetzt Imploraten, hat der dritte Senat des Königlichen Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 1. Oktober 1852, an welcher Theil genommen haben:

der Präsident Dr. Bornemann, die Geheimen Ober-Tribunals-Räthe Zettwach, Scholz, Dr. Löwenberg,

Digitized by Google

Brunnemann, Meyer, der Kammergerichts-Rath Hübner

für Recht erkannt:

daß die Nichtigkeitsbeschwerde wider das am 20. Dezember 1851. eröffnete Erkenntniß des Königlichen Appellations-Gerichts zu Arnsberg zurückzuweisen, und Imploranten die Kosten des Nichtigkeits-Verfahrens zu tragen verbunden.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Nach der thatsächlichen Feststellung des Appellations-Richters verpfändete der Ackerwirth Kaspar Lahme zu Bonnkirchen dem Kläger laut notarieller Obligation vom 16. Mai 1843. außer mehreren andern, seinen Grundbesitz ausmachenden Immobilien auch die hiervon später an die Verklagten einschließlich des Tagelöhners Ignatz Spratte veräußerten Grundstücke für das hier in Rede stehende Rubr. III. Nr. 10. im Hypothekenbuche eingetragene Darlehn von 270 Rthlr. Die im Besitz des Schuldners verbliebenen Grundstücke wurden später subhastirt, und dem Kläger selbst als Meistbietenden zugeschlagen.

Im Kaufgelder-Belegungs-Termine verzichtete Kläger auf Berichtigung dieser Hypothek aus der Kaufgelder-Masse, einen privilegirten Zinsen-Rückstand ausgenommen, und brachte es dadurch dahin, daß zwei andere, dem Subhastaten vorgestreckte und für ihn, — den Kläger, — postlocirte Darlehn von 302 Rthlr. und 389 Rthlr. 20 Sg., für welche die veräußerten Parzellen nicht mit verpfändet waren, zum Theil aus den Kaufgeldern berichtigt wurden.

Jetzt beansprucht er die Verklagten mit der hypothekarischen Klage, und verlangt von ihnen die Herausgabe der vom p. Lahme erkauften, für seine Hypothek von

Digitized by Google

270 Rthlr. conjunctiv verpfändeten Grundstücke Behufs ihrer Subhastation.

Die Verklagten haben, — abgesehen von andern, hier nicht interessirenden Einreden — eingewendet: daß Kläger nicht befugt gewesen sei, bei jenem Kaufgelder-Belegungs-Verfahren auf seine Befriedigung wegen der vorbezeichneten Hypothek zu verzichten, damit deren Berichtigung aus den Kaufgeldern zu Gunsten nachstehender Gläubiger und namentlich der beiden für ihn selbst (Rubr. III, Nr. 15. 16.) postlocirten Hypotheken von 302 Thlr. u. 389. Thlr. 20 Sgr. zu vereiteln, und sich wegen des hiermit willkührlich herbeigeführten Ausfalls der für ihn prioritätisch eingetragenen 270 Thlr. ausschließlich auf die dafür mitverpfändeten Grundstücke der Verklagten zu werfen.

Der Appellations-Richter hat jedoch diesen Einwand in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter verworfen, und demgemäß die Verklagten nach dem Antrage des Klägers zur Herausgabe ihrer Grundstücke zum Zweck der Subhastation verurtheilt.

Die im Rubrum bezeichneten vier Verklagten haben gegen diese Entscheidung noch die Nichtigkeits-Beschwerde eingewendet. Auch diese konnte inzwischen nicht für gerechtfertigt erachtet werden.

Der Appellations-Richter erklärt den obengedachten Einwand der Verklagten für unhaltbar, weil die Vorschrift:

§. 521. der Concurs-Ordnung,

auf welche Verklagte zu ihrer Rechtfertigung Bezug nehmen, für den vorliegenden Fall nicht maaßgebend sei, und nach

§. 468. Theil I. Titel 20. des Allgemeinen Land-Rechts

der hier allein entscheide, dem Hypotheken-Gläubiger unbenommen bleibe, sich bis zu seiner Befriedigung wegen

Digitized by Google

seiner ganzen Forderung an jedes der ihm conjunctiv verhafteten Grundstücke oder an jeden getrennten Theil desselben zu halten. Hier muß man dem Appellations-Richter beipflichten.

Den Imploranten kann darin beigetreten werden, daß nach der klaren Bestimmung im:

§. 9. der Verordnung vom 28. Dezbr. 1840. über die Befreiung der Pfand- und Hypotheken-Gläubiger von der Einlassung in den Concurs- und erbschaftlichen Liquidations-Prozeß

die Vorschriften §§. 520 — 522. der Concurs-Ordnung gegenwärtig auch außerhalb des Concurses für die Fälle der Vertheilung insufficienter Kaufgelder-Massen zur Anwendung kommen müssen.

cf. Entscheidungen Bd. XVIII. S. 473. ff.

Auch kann es ferner zugegeben werden, daß jene Vorschriften und der damit sanctionirte Grundsatz: daß die Kaufgelder-Massen verschiedener Einem Gläubiger conjunctiv verpfändeter Grundstücke untereinander nur verhältnißmäßig zu seiner Befriedigung beizutragen haben, auch in dem Falle zur Anwendung zu bringen seien, wenn sich, wie hier, die mehreren conjunctiv verpfändeten Grundstücke nicht mehr in der Hand Eines Schuldners, sondern in den Händen verschiedener Besitzer befinden.

Allein jene Vorschriften der Conkurs-Ordnung betreffen und berühren nach Inhalt und Stellung nur das Verhältniß der verschiedenen Realgläubiger zweier oder mehrerer conjunctiv verpfändeter Grundstücke; sie sind recht eigentlich zum Schutz und im Interesse derjenigen unter ihnen gegeben, denen eine auf mehreren Grundstücken conjunctiv eingetragene Hypothek im Sinne des §. 468. Th. I. Tit. 20. Allgem. Land-Recht nicht zur Seite steht. Auch das Verhältniß der Schuldner und Besitzer der conjunctiv

Digitized by Google

verpflichteten Grundstücke sind sie ohne Einfluß, noch weniger rechtfertigen sie in ihrem Munde den Einwand:

daß der Hypothekengläubiger, dessen Hypothek auf mehreren Grundstücken haftet, nicht befugt sei, bei der Subhastation des einen Grundstücks auf seine Befriedigung aus dessen Kaufgeldern zu verzichten, und, falls er dies gethan, auch die andern ihm verpfändeten Grundstücke zur Befriedigung seiner Hypothekenforderung, soweit sie ohne diese Verzichtsleistung zur Hebung gekommen sein würde, gar nicht, oder doch nur verhältnißmäßig nach Maaßgabe der in den obengedachten Vorschriften der Concurs-Ordnung aufgestellten Societäts-Regel in Anspruch nehmen dürfe.

Ein Recht, wie es Verklagte mit diesem Einwande für sich in Anspruch nehmen, läßt sich aus jenen Vorschriften selbst für die postlocirten Gläubiger nicht ableiten, und muß schon deshalb völlig ungerechtfertigt erscheinen, weil damit das dem Hypotheken-Gläubiger nach §. 468. a. a. O. zugebilligte Recht nicht zu vereinigen wäre, und völlig illusorisch gemacht werden würde, was nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann.

Dieser Auslegung der mehrerwähnten Vorschriften der Concurs-Ordnung steht auch das Präjudiz vom 29. August 1849.

(Entscheidungen a. a. O.)

auf welches Imploranten Bezug nehmen, nicht entgegen, indem dasselbe gleichfalls das Verhältniß der Gläubiger unter einander resp. zu den gemeinschaftlich verpflichteten Kaufgelder-Massen beurtheilt, und die verhältnißmäßige Erstattungsverbindlichkeit der einen unter der hier gar nicht vorliegenden Voraussetzung rechtfertigt: daß die andere zur Befriedigung der conjunctiv eingetragenen Hypothek

Digitized by Google

mehr beigetragen hat, als ihr nach der Societäts-Regel §. 521. der Concurs-Ordnung, beizutragen oblag.

Die hier vertheidigte Auslegung der §. 521. ff. a. a. O. findet aber auch, wenn man hierauf mit dem angeführten Präjudiz zurückgehen will, in den allgemeinen Vorschriften und Grundsätzen von der Correal-Verbindlichkeit:

§§. 430—434. Tit. 5. Th. I. Allgem. Land-Recht

cf. §. 437. ebendaſ.,

ihre Bestätigung, und rechtfertigt die Intention, welche der Appellations-Richter dem §. 159. Tit. II. der Hypotheken-Ordnung unterlegt.

Es beseitigt sich hiermit aber auch die Ausführung der Imploranten, daß Kläger, der selbst Käufer der für seine erste hier in Rede stehende Hypothek zu 270 Thlr. haftenden Grundstücke war, soweit ihm darauf deren Kaufgelder gebührten, dieselbe unter allen Umständen mit seiner Hypothekenforderung habe compensiren müssen, und wenn er dies nicht gethan, seines Rückgriffes an die Verklagten verlustig resp. jene Compensation ipso jure, — auch wider seinen Willen, — eingetreten sei.

Ueberhaupt ist sein Verhältniß als Adjudicatar ohne Einfluß auf sein Recht und Verhältniß als Hypotheken-Gläubiger bezüglich der ihm solidarisch mit verhafteten Grundstücke der Verklagten und letzteres ganz unabhängig von ersterem; jedenfalls läßt sich hiervon keine Stütze für den Einwand der Verklagten und die Anwendbarkeit der ihm zu Grunde gelegten Vorschriften der Concurs-Ordnung entnehmen. Implorant trat durch die Adjudikation nicht in das persönliche Verhältniß des Vorbesitzers und Constituenten der Hypothek, selbst wenn sich gegen letzteren der Anspruch der Verklagten auf Mit-Uebertragung der Hypothek, resp. auf Entschädigung wegen ihrer Berechtigung rechtfertigen ließe. Auch wäre ein Anspruch dieser Art

Digitized by Google

sachverständlich doch immer von deren Berichtigung abhängig.

Eben so gleichgültig im Interesse der vorliegenden Beschwerde und in Bezug auf das Rechtsverhältniß des Imploranten zu den Verklagten erscheint aber der Umstand: daß Implorant zu Gunsten eigener, auf dem subhastirten Grundstücke ausschließlich eingetragener, nachstehender Posten seiner Befriedigung wegen der prälocirten Hypothek entsagte, da diese Verzichtsleistung selbst in dieser Eigenthümlichkeit nur als Ausfluß seines guten Rechts erscheint, und als erlaubter Eigennutz seinen durch §. 368. a. a. O. berechtigten Ansprüchen an die Verklagten nicht präjudicirt.

Unter diesen Umständen läßt sich dem Appellations-Richter nicht der Vorwurf machen, mit der Entscheidung des vorliegenden Falls die Vorschriften:

§. 520 — 522. der Concurs-Ordn,

§. 159. Tit. II. der Hypotheken-Ordn.,

§. 9. der Verordn. vom 28. Dezbr. 1840,

§. 468. Tit 20. Th. I. des Allg. Land-Rechts

verletzt zu haben.

Ebenso wenig verstößt seine Entscheidung gegen den von den Beschwerdeführern formulirten Rechtssatz: daß der Hypothekengläubiger, dessen Hypothek auf mehreren Grundstücken haftet, nicht befugt sei, bei der Subhastation des einen Grundstücks auf den auf seine Hypothek fallenden Theil des Kaufgeldes zu verzichten, und sodann die andern Grundstücke zur Befriedigung seiner ganzen Hypotheken-Forderung in Anspruch zu nehmen, da dieser Satz, wie gezeigt, in seiner von den Imploranten geltend gemachten Allgemeinheit nicht richtig, beziehungsweise ihnen nicht zuständig ist.

Hiernach mußte die Beschwerde zurückgewiesen, und folgeweise auch die Verurtheilung der Imploranten zu den

Digitized by Google

Kosten des Nichtigkeits-Verfahrens Arg. §. 18. der Verordnung vom 14. Dezbr. 1833. cf. §. 19. des Gesetzes vom 10. Mai 1851. ausgesprochen werden.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterschrift des Königlichen Ober-Tribunals.

Berlin, den 1. Oktober 1852.

(L. S.) gez. Mühler.

III.

Im Namen des Königs!

In Sachen der Minorennen Elisabeth und Heinrich Brutscheid, vertreten durch ihren Vormund Joseph Brutscheidt zu Balve Kläger und Provokanten wider den Kaufmann Joseph Schulte daselbst Verklagten und Provokaten hat das Königl. Kreisgericht zu Arnsberg I. Abthl. in der Sitzung vom 8. October 1852. an welcher Theil genommen haben:

der Kreisgerichts-Director Rocholl, die Kreisgerichts-Räthe Dulheuer und Brefeld

auf Grund der Acten und der mündl. Verhandlung für Recht erkannt:

daß Kläger mit ihrem Antrage, den Joseph Schulte zu verurtheilen, das bei der Kaufgelderbelegung in der Subhastationssache Schneider auf seine cedirte Forderung gefallene Percipiendum von 116 Thlr. 27 Sgr. bei Vermeidung der sonst auf seine Gefahr und Kosten erfolgenden Deposition anzunehmen, sowie die Minorennen Elisabeth und Heinrich Brutscheid zu Balve auf Höhe des Betrages von 116 Thlr.

Digitized by Google

27 Sgr. von der Mithaftbarkeit für jene Forderung loszulassen, abzuweisen und in die Kosten des Prozesses zu verurtheilen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Eheleute Ludwig Brutscheid hatten laut Obligation vom 14. Dezember 1838. von dem Armenhospital zu Balve 200 Thlr. geliehen und dafür die Parzellen Flur X. Nr. 260. Flur I. Nr. 14. und Flur VIII. Nr. 274. der St. G. Balve verpfändet. Die erstere Parzelle war das alleinige Eigenthum des Ehemannes, die beiden andern Parzellen gehörten der Ehefrau. Nach dem Tode des Mannes vererbte die erstere Parzelle auf dessen 3 Kinder Sophia verehelichte Schneider, Elisabeth und Heinrich Brutscheid, die beiden letztern sind noch minderjährig und durch ihren Vormund Joseph Brutscheid zu Balve vertreten. Die beiden andern Parzellen Flur I. Nr. 14. und Flur VIII. Nr. 274. übertrug die Wittwe Ludwig Brutscheid laut Contrakts vom 3. Oktober 1846. ihrer Tochter und deren Ehemann Joseph Schneider mit der Verpflichtung, ihre Schulden zu bezahlen.

Der Joseph Schneider gerieth in Vermögensverfall, sein Antheil an dem ihm vorstehend übertragenen Grundvermögen wurde zur Subhastation gestellt und für 190 Thlr. adjudizirt. Bei der hiernächst stattgehabten Kaufgelderbelegung ergab sich, daß auf die, sowohl auf die Parzelle Flur X. Nr. 260. als Flur I. Nr. 14. und Fl. VIII. Nr 274. eingetragene Forderung des Armenhospitals ad 200 Thlr. und Zinsen der Rest der Kaufgelder im Betrage von 116 Thlr. 27 Sgr. fiel.

In der diesfälligen Verhandlung ꝛc. ꝛc. Balve, den 16. Juli 1852. erklärte jedoch der Kaufmann Jos. Schulte zu Balve, dem die Hospitalforderung laut Cessionsakt vom

Digitized by Google

6. Juli c. übereignet worden war, daß er bereits am 14. Juli c. zu den Grundakten die Erklärung abgegeben, daß er die subhastirten Antheile Fl. I. № 13. u. Fl. VIII. № 274. aus dem Pfandnexus entlassen und daß er für diese seine Forderung auf die Kaufgeldermasse keine Ansprüche mache. Der Vormund der Minorennen Elisabeth und Heinrich Brutscheid, welche Mitschuldner des Kapitals ad 200 Thlr. sind und Mitbesitzer der nichtsubhastirten Parzelle Fl. X. № 260, welche diesem Kapital gleichfalls als Hypothek haftet, ist dagegen der Meinung, daß die einseitige Verzichtleistung des p. Schulte seinen Curanden nicht präjudizirlich sein könne, und sich der Gläubiger nicht entbrechen könne, die erwähnten Kaufgelder mit 116 Thlr. 27. Sgr. auf seine Kapitalforderung anzunehmen, oder aber seine Curanden bis zu diesem Betrage von der ferneren Mitverhaftung für seine Forderung zu liberiren und beantragte demgemäß Verurtheilung des Jos. Schulte.

Dieser will sich jedoch dem Klageantrage nicht unterwerfen und hat auf Abweisung der Klage angetragen.

Nach §. 467. Th. I. Tit. 20. des Landr. erstreckt sich das Recht des Hypothekengläubigers in Ansehung seiner ganzen Forderung sowohl auf das Ganze, auf welche dasselbe durch die Eintragung bestellt werden, als auf die einzelnen Theile desselben, es kann also, wie §. 468. weiter disponirt, wenn ihm mehrere Grundstücke verhaftet sind oder wenn das durch die Eintragung verpfändete Grundstück durch Erbgang oder auf andere Art getheilt worden, wegen seiner ganzen Forderung an jedes Grundstück oder an jeden getrennten Theil desselben sich halten. Diese Bestimmungen harmoniren ganz mit den in §. 430. ff. Tit. 5. l. c. über Correal-Verbindlichkeiten im Allgemeinen aufgestellten Grundsätzen, insbesondere mit §. 437. l. c., welcher verordnet, daß, wenn auch einer der Correal-Verpflichteten durch Vergleich, Urtheil oder andere Art

Digitized by Google

Befreiung von der Schuld nur für seine Person erhalten hat, doch die übrigen davon keinen Gebrauch gegen den Berechtigten machen können.

Hier hat der Gläubiger auf einen Theil seines Hypothekenrechts verzichtet. Er hatte das Recht, sich aus jedem der ihm verpfändeten Grundstücke bezahlt zu machen. Wenn er daher eins oder das andere losläßt, so folgt daraus weiter nichts, als daß er sich an den übrigen Pfandstücken zu halten beabsichtigt, so wie ferner von selbst folgt, daß, wenn er nur ein Grundstück angreift und daraus befriedigt wird, die übrigen Pfandstücke ihm gegenüber frei werden. Es ist ihm gleich von vornherein das Recht eingeräumt, sich an jedes Grundstück für das Ganze zu halten. Er kann also mit Bezug auf die obige Gesetzesstelle unzweifelhaft das eine oder das andere Grundstück loslassen, ohne daß dadurch sein Rechtsverhältniß gegen die übrigen Correi alterirt wird, §. 437. l. c. und §. 88. der Einl. zum L. R. und selbst wenn dadurch für den einen oder den andern ein Nachtheil entstände. §. 94.

Es entsteht aber in der Wirklichkeit Niemanden ein Nachtheil daraus, denn der nicht losgelassene Schuldner, das in nexu pignoris verbliebenen Grundstück, hatte sich dem Gläubiger gegenüber von vornherein verpflichtet, auf Verlangen die ganze Verbindlichkeit allein zu erfüllen. Wenn er daher allein angegriffen wird, dann geschieht ihm nicht mehr, als wozu er gesetzlich und vertragsmäßig verpflichtet war.

Dagegen kann seine Verbindlichkeit dadurch weder erschwert, noch das Rechtsverhältniß alterirt werden, in welchem er als Correus debendi gegen seine Mitgenossen und den nachgetragenen Hypothekengläubiger steht. Diese Rechte können selbstredend durch die einseitige Handlung des Gläubigers nicht geändert werden, da selbst der Mitgenosse, den der Gläubiger aus allem Schuldverbande

Digitized by Google

entlassen hat, seinen übrigen Mitgenossen seinen ratirlichen Antheil erstatten muß. Dieses Rechtsverhältniß ist bei Real-Correal-Verhältnissen jedem durch die nach §. 159. Tit. 2. der Hypothekenordnung vorgeschriebene Eintragung kenntbar gemacht, und jeder muß wissen, daß, so lange die Forderung noch existirt, die sämmtlichen Correi unter sich ein dingliches Recht auf Ausgleichung haben. Daraus folgt, daß der Gläubiger, dem mehrere Grundstücke hypothekarisch verhaftet sind, seinerseits wohl das eine oder das andere ex nexu lassen kann, daß aber dadurch das den übrigen Correis durch die Eintragung erworbene Recht auf Ausgleichung nicht genommen werden kann, daß also auf Grund der Erklärung des Gläubigers nicht anders gelöscht werden kann, als wenn auch der Besitzer und die übrigen Correi damit einverstanden sind.

Eine fernere Folge dieses Grundsatzes ist, daß durch die vom Gläubiger erfolgte Loslassung des einen Grundstücks aus der Mithaft dieses wegen der andern Correi nicht frei wird und also eine andere Forderung nicht eingeschoben werden kann, weder eine Nachhypothek noch eine neue. Die Nachhypotheken haben von einer solchen Freigebung nur den Vortheil, daß sie nicht mehr die ganze Schuld als vorab zu respectiren haben, sondern nur noch den ratirlichen Antheil, den das losgelassene Grundstück den übrigen correis debendi zu prästiren hat.

Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt aber auch aus der accessorischen Natur des Pfandrechts. Der Schuldner kann auf einen Locus in seinem Grundstücke nur einmal Hypothekenrechte einräumen, er kann nur einmal die erste Hypothek geben und der Gläubiger kann sein Hypothekenrecht ohne seine Forderung nicht abtreten. Wenn er also eine Forderung behalten will, dann kann er zwar auf das ihm bestellte Pfandrecht verzichten, er kann es aber Niemanden abtreten, weil in seinen Händen ohne Forde-

Digitized by Google

rung das Pfandrecht als accessorisch auf einen Dritten nicht übertragen werden kann.

Ob und welche Rechte die Eigenthümer der nicht subhastirten correaliter haftenden Pfandstücke nach §. 443. seq. Tit. 5. I. c. resp. nach §. 521. und 522. Tit. 50. der Pr. Ord. an ihren Correus, das subhastirte Grundstück resp. dessen Kaufgeld zu machen berechtigt sind und ob ihr Recht auf Ausgleichung als ein dingliches allen Nachhypotheken vorgeht, ist zur Zeit nicht streitig geworden.

Es handelt sich hier nur um die Entscheidung der Frage, ob der Cessionar Joseph Schulte seiner Erklärungen vom 14. und 16. Juli ungeachtet für schuldig erachtet werden kann, den bemerkten Kaufgelderrest von 116 Thlr. 27 Sgr. auf seine Forderung anzunehmen und auf Höhe dieses Betrages die Provokanten ex nexu debendi loszulassen.

Diese Frage war aber, wie oben ausgeführt zu verneinen.

Die Kosten fallen den Provokanten zur Last.

A. G. O. I. 23. §. 2.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

Digitized by Google

XX.

Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert durch Goltdammer, Königlichen Kammergerichts-Rath. Erster Band, zweites Heft. Drittes Heft. S. 177 — 536. Preis jeden Hefts 15 Sgr.

Recension
von
Sommer.

Wir haben die erste Lieferung des I. Bandes S. 517. des XV. Jahrgangs angezeigt. Das Werk ist nur bis zum §. 60. des Strafgesetzbuchs gediehen. Das Strafgesetzbuch hat freilich 349 §., und man würde also, wenn man gleiche Ausführlichkeit bei den folgenden Bänden erwarten müßte, von wegen des, auch den praktischen Juristen gar nicht gleichgültigen Kostenpunkts in einen gelinden Schrecken gerathen können. Allein die Commentation der Allgemeinen Lehren hat großen Raum erfordert, inzwischen kann vom zweiten Theil (§. 61.) ab nicht ein so großer Stoff zur Commentation vorliegen. Die Arbeit selbst bleibt sich gleich, sie ist gut und gründlich, der Preis auch billig.

Digitized by Google

XXI.

Ergänzungen des Strafgesetzbuches oder Sammlung und Nachweisung der neben dem Strafgesetzbuche vom 14. April 1851 geltenden und in Beziehung zu demselben stehenden strafrechtlichen Gesetze und Verordnungen. Mit chronologischen und alphabetischen Registern, herausgegeben von einem praktischen Juristen. — Ein Anhang zu allen Ausgaben des Strafgesetzbuches insbesondere zu den Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert durch den Königl. Kammergerichtsrath Goltdammer. 2 Lieferungen. gr. 8. S. 304. Berlin 1852. Verlag von K. Heimann. Pr. 1 Thlr.

Recension

von

Sommer.

Ein nützliches Buch, was man nicht von allen Büchern sagen kann. Es gewährt das, was der umfangreiche Titel besagt, erspart seinem Besitzer viele Mühen

Digitized by Google

von Nachschlagen und Aufsuchen singulärer Bestimmungen. Daß wir ins Einzelne nicht eingehen können, versteht sich von selbst.

XXII.

Die Rechte des Eigenthümers in Ansehung der auf seinem Grundstücke eingetragenen, bereits gezahlten, aber noch nicht gelöschten Hypotheken-Forderungen. Erläutert durch einen Rechtsfall von G. v. Hellermann, Justiz-Rath Berlin, 1852. Verlag von Carl Heymann. 8. S. 16.

Recension
von
Sommer.

Diese Schrift behandelt einen interessanten Fall. Der Rentier B. war verurtheilt, dem Gutsbesitzer A. 2000 Thlr. nebst 5 pC. Zinsen und Kosten zu zahlen. Das Wohnhaus des Verklagten B, auf welchem jene Forderung eingetragen, ward dem Kläger zugeschlagen, welcher aber im Kaufgelder-Belegungs-Termine mit 804 Thlr. ausfiel. Für den Rath G. standen auf dem subhastirten Wohnhause des Verklagten 3500 Thlr. und 1500 Thlr. eingetragen, beide Posten sind aber auch auf zwei Aeckern des Verklagten № 96. u. 97. für den G. ingrossirt. G. ward im Kaufgelder-Belegungs-Termin aus den Kaufgeldern für das Wohnhaus wegen seiner beiden Kapitalien von zusammen 5000 Thlr. nebst Zinsen und Kosten vollständig befriedigt, Kläger erlitt dagegen einen Ausfall von

Digitized by Google

804 Thlr. an seinem Kapital von 2000 Thlr. Er wollte sich nun dieserhalb an das oben erwähnte Kapital von 3500 Thlr. und Zinsen halten, welches, wie oben bemerkt, für Rath G. auf den beiden Ackerstücken № 96. und 97. des Verklagten in der 3. Rubrik № 2. eingetragen steht, und nun in Folge der oben geschehenen Befriedigung des G. aus den Kaufgeldern des Hauses ein Activum des Verklagten geworden. Er trug also sofort beim Gerichte darauf an, ihm auf Höhe seines Ausfalls von 804 Thlr. diese Summe von dem auf № 96. u. 97. eingetragenen Kapital der 3500 Thlr. mit dem Vorzugsrechte vor dem Ueberreste im Wege der Cession als Eigenthum nach §. 6. des Ges. vom 4. Juli 1822. zu überweisen. — In der vorliegenden Schrift wird nun die Frage verhandelt, ob B. durch die aus den Kaufgeldern seines Hauses erfolgte volle Befriedigung der 3500 Thlr. Eigenthümer der auf seine Aecker für dieselbe Schuld eingetragenen Hypothek geworden. In der juristischen Wochenschrift I, 87. ist behauptet, daß die Hypothek des Eigenthümers nicht als Executions-Objekt für seine Gläubiger angesehen werden könne, weil dies zu einer wesentlichen Beschränkung desjenigen Rechts, welches dem Grundbesitzer unbedingt und hauptsächlich zugestanden werden müsse, und dessen Ausübung lediglich von seiner Willkühr abhängig gemacht sei, führen werde, und weil diese Befugniß der Gläubiger das dem Schuldner zugedachte beneficium in eine beengende Fessel verwandelnd, mit der Absicht des Gesetzgebers im Widerspruch stehe, da dieser die Befugniß des Eigenthümers nicht habe schmälern, sondern erweitern wollen. Diese Ansicht theilt der Verfasser vorliegender Schrift aber nicht, und mit Recht. Da diese Hypothek des Eigenthümers ein reeller Werth ist, so ist nicht abzusehen, warum sie, ehe sie weiter abgetreten wird, dem Verkehr entzogen sein solle. Freilich, bemerkt der Verfasser, könne sie nicht

Digitized by Google

ohne das Grundstück selbst veräußert werden, wenn sich nicht eine Forderung damit verbinde, weil sie ohne eine solche in den Händen eines Dritten nicht existiren könne; eine Forderung bringe aber der Exekutionssucher mit, daher sei eine Ueberweisung derselben für seine Forderung allerdings zulässig, wenn er ex re judicata Eintragung nachsuchen könne. Werde das Grundstück auf Antrag des Gläubigers subhastirt, so falle der Betrag der Hypothek dem Eigenthümer bei der Distribution zu, und gewähre ein Exekutions-Objekt, aus dem sich der Extrahent befriedigen könne. — Der Verfasser nimmt aber dennoch nicht an, daß das Kapital der 3500 Thlr. ein Activum des Verklagten geworden. Er geht davon aus, daß das Pfand- und Hypothekenrecht accessorisch, mit Nothwendigkeit an die zum Grunde liegende Forderung gebunden, daher nur als eine Realforderung, der es Sicherheit verleihen solle, denkbar und zu erwerben sei, und diese accessorische Qualität sei durch §. 52. Anhang nicht geändert. Er will diesen, die Wirkung der Consolidation und Confusion bei Hypothekenrechten beschränkenden §. stricte ausgelegt wissen, und behauptet, nach der Declaration vom 3. April 1824. sei Zahlung der eingetragenen Geldschuld erforderlich, wenn gleich eine Cession nicht, sondern nur Quittung nothwendig. Er beruft sich auch darauf, daß die Löschung bei der Kaufgelderbelegung von Amtswegen geschehen müsse. — Allein diese und andere Anmerkungen führen zu nichts; der Eigenthümer hat nun einmal nach Analogie der Pfandbriefe eine Hypothek auf seinem Eigenthum durch Erwerb seiner Schuld, so lange er sie nicht löschen läßt, und es läßt sich nimmer einsehen, warum ein Gläubiger sich dieses nützliche Recht seines Schuldners nicht sollte im Exekutionswege übereignen lassen können. Hat sich auch die Hypothek des Eigenthümers nur allmählich aus-

Digitized by Google

gebildet, so darf man doch nicht ihren Zweck, den Verkehr zu erleichtern, vereiteln, indem man Grundsätze des alten Systems auf die neue Schöpfung vernichtend anwendet.— Die Entscheidung des fraglichen Prozesses wird jedenfalls anziehend sein.

XXIII.

Die Protestationen im Hypothekenbuche nach Preußischem Recht. Mit einem Anhang: Ueber die Wirkungen des Arrestes unter mehreren Gläubigern. Bearbeitet von E. Pitmar, Kreisrichter. Berlin, 1850. Verlag von Carl Heymann. 8. S. 94. Preis 12 Sgr.

Recension

von

Sommer.

Die Lehre von den Protestationen hat die Preußische Rechtswissenschaft und Praxis aus ziemlich dürftigen Gesetzquellen ausgebildet, etwa wie die Römer aus einem kurzen edictum Praetoris ganze Rechtsgebäude aufführten. Der Verfasser liefert einen schätzbaren Beitrag zur Theorie von den Protestationen. Er theilt sie in drei Klassen: I. Vorläufige Eintragungen von Rechten auf Grund unverdächtiger obwohl mangelhafter Urkunden: 1. gegen die Sache, a. selbstständiger Rechte, b. zur Sicherheit einer

Digitized by Google

Forderung dienender Rechte, 2. gegen Forderungen. II. Eintragung einigermaaßen beſcheinigter Rechte. III. Einwendungen gegen eine Darlehnsforderung wegen nicht empfangenem Valuta. — Das Werk iſt ein ganz gediegenes, und die angebrachte ſtrenge Scheidung der Proteſtationen wird das Aufſtellen neuer Proteſtationen verhindern. Ein Anhang (S. 87. ff.) handelt von den Wirkungen des Arreſtſchlags unter mehreren Gläubigern. — Wir empfehlen das Werk den Praktikern — wie den Theoretikern.

Digitized by Google

XXIV.

Deutschlands Rechtspflege, wie sie ist und sein sollte. Mit besonderer Beziehung auf die französische Justizverfassung und die preuß. Gesetzrevision. — Erster Theil. Von den bei der Rechtspflege vorkommenden Personen. Altenburg 1831. Literatur-Comptoir. S. XVI. 384.

Recension

von

Sommer.

Ein sehr langsamer Nachzügler von Recension! werden die Leser sagen. — Das Buch gehört unter diejenigen, welche nach der französischen Revolution von 1830 gegen so viele unsrer veralterten Zustände — z. B. Fleischhauers Lehn- und Erb-Aristokratie — erschienen. Seine Ansichten sind allmählich durchgedrungen, und für uns Preußen, denen erst durch die sorgsame Hand der Regierung allmählich, dann durch den Hochdruck der Revolution, als es galt, durch freisinnige Gesetze (v. 2. und 3. Jan. 1849.) die günstigen Folgen der oktroyrten Verfassung zu beweisen, die heilsamsten Reformen der Rechts- und Gerichtszustände geworden, ist der Blick auf dieses Buch ein ziemlich befriedigender. Es hat bleibenden geschichtlichen

Digitized by Google

Werth, da es unsre Justiz-Zustände, vor der Reform, in ihrer Kläglichkeit darstellt. Es ist blos der erste Band erschienen Dieser verbreitet sich nach einer Einleitung, I. über das Verhältniß des Staats zur Rechtspflege (1. Einfluß der politischen Gestaltungen auf die Rechtspflege) 2. Einfluß der Rechtspflege auf das Staatswohl. 3. Unentbehrliche Erfordernisse für den Staat rücksichtlich der Rechtspflege. II. Ueber das Publikum in seiner Beziehung zur Rechtspflege, namentlich über seine Moralität und deren enge Verbindung mit der Rechtspflege. — Das Publikum und die Partheien von Seiten ihrer dringendsten Wünsche. (Kosten, Stempelbesteuerung, Succumbenzgelder, Executionsmittel, Moratorien). III. Ueber die Ausbildung der bei der Rechtspflege concurrirenden Personen. Der Verf. empfiehlt hier insbesondere die angehende Praxis unter Leitung eines Anwalts, wohin wir in Preußen jetzt gelangt sind. IV. Ueber die bei der Rechtspflege concurrirenden Nebenpersonen. V. Ueber die Anwälte. Ein mit Wärme geschriebenes Kapitel, handelnd A. von ihrem Berufe im Allgemeinen, B. Beleuchtung der Hindernisse und Widersprüche, welche schon im Allgemeinen ihre äußere politische Stellung herbeiführt (bis zur Stunde kann keiner auf einen Preußischen Provinziallandtag gehen!) C. Beleuchtung der Haupterfordernisse der Anwälte und der vielfachen Antriebe derselben, ihnen zu genügen, im Kampfe mit den Schwierigkeiten, Hindernissen und Widersprüchen, welche die Justizeinrichtungen und ihr amtlicher Wirkungskreis herbeiführen, nebst den Mitteln zur Abhülfe solcher Uebelstände. D. Ueber die Art, wie die Lage der Anwälte und resp. diese selbst gebessert werden können... VI. Ueber das Richterpersonale. Der Verfasser hebt hier besonders heraus, (S. 347.) man verlange, der Richter solle sich mit seinem Gehalte begnügen und anständig davon leben, man gebe ihm aber nicht soviel, daß Solches möglich

Digitized by Google

sei. Dieser Uebelstand besteht bei unsern Unter-Richtern in Preußen noch. Jede Vergleichung mit der Remuneration der Verwaltungsbeamten zeigt uns hier die Richter, die doch ein so großes Kapital auf ihre Ausbildung verwenden, so lange erst umsonst dienen müssen, und meist an Orten wohnen, wo sie ihre Kinder nicht ausbilden lassen können, zurückgesetzt. Daß Solches auch jetzt, wo die Sportel-Einnahme so sehr gestiegen, fortdauere, wird sicher nicht zu erwarten sein.

Immerhin ist es also der Mühe werth, dieses Buch nochmal zu lesen, seine Schlaglichter auf Vergangenheit und Gegenwart auf sich einwirken zu lassen.

XXV.

Der Käufer, dem keine Tradition geschehen, wird zur Vindicationsklage gegen den dritten Besitzer 1. nicht durch die Kaufurkunde an sich, wohl aber 2. durch Cession der Vindicationsklage legitimirt.

Rechtsfall
mitgetheilt
von
Sommer.

Wir haben diese Frage im Jahre 1837. (N. Archiv III. 560.) behandelt, und uns dafür ausgesprochen,

Digitized by Google

daß die Cession der Vindicationsklage des Verkäufers dem Käufer die Möglichkeit gewähre, gegen den dritten Besitzer auf Ausantwortung der Sache an ihn — Verkäufer — zu klagen, weil die allgemeinen Bestimmungen A. L. R. I. 11. §. 382. 376. 377. 402. dafür sprechen. Wir gingen noch weiter, indem wir (S. 565.) behaupteten, daß die Cession der Vindicationsklage von selbst in dem Vertrage liege, wodurch der bisherige Eigenthümer sich des Eigenthums zu Gunsten seines Contrahenten begebe, indem er dadurch von selbst als gewollt dasjenige Rechtsgeschäft erkläre, wodurch allein die Erlangung des Eigenthums möglich gemacht werden könne. Wir waren sonach der Ansicht, daß die bisherige Praxis Unrecht habe, indem sie dem Käufer, der noch keine Tradition hat, die Klage gegen Dritte versage. — Diese Ansichten über eine bisher so gut wie gar nicht behandelte Frage sind in Sachen des Johann Balkenhol zu Wiemeringhausen gegen Minorennen Peter Frese zur näheren Erörterung gekommen. In dieser Sache hatte Caspar Schmidt seine Eigenthumsrechte an einem Grundstücke, was die Minorennen Frese besaßen, und ihm in einer Subhastation zugeschlagen war, dem Balkenhol übertragen, Schmidt selbst war aber nicht im Besitze. Balkenhol klagte nun gegen die Minorennen Frese mit dem Antrag, zu erkennen, daß ihnen durchaus keine Eigenthums- oder Nutzungsrechte auf das fragliche Grundstück zustehe. Das Kreisgericht Brilon erkannte am 24. Mai 1848. nach dem Klageantrage. Das Arnsberger Oberlandes-Gericht bestätigte dies Erkenntniß am 18. Nov. 1848., bemerkend, es sei anzunehmen, daß Kläger das fragliche Grundstück und zwar frei von Nutzungsberechtigungen von dem in Folge der Adjudikation als unzweifelhaften Eigenthümer anzusehenden Verkäufer kaufen und, nachdem dies geschehen war, diese seinem Auctor zustehenden Rechte verfolgen konnte. Das Obertribunal

Digitized by Google

(Senat III.) vernichtete dies Erkenntniß unterm 11. Sep. 1849. und resolvirte darauf, daß 1. über die Behauptung des Klägers: daß die Uebergabe der streitigen Grundparzelle an ihn erfolgt sei, der angetretene Beweis zu erheben, so wie 2. über die Behauptung der Verklagten, daß sie nicht nur jetzt, sondern auch vor der Subhastation sich im beständigen Besitze der Streitfläche befunden und namentlich die vom Kläger erwähnten Rechte ausgeübt haben.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Ausführung, wodurch der Appellationsrichter die Aktivlegitimation des Klägers zu begründen sucht, verstößt gegen die ersten Elemente des Rechts.

Kläger verlangt ein Erkenntniß, daß den Verklagten durchaus keine Eigenthums- oder Nutzungsrechte auf das Grundstück Flur IV. № 314/2. der Steuergemeinde Brunscappel zustehen. Seinen Antrag gründet er auf das judicium communi dividundo zwischen den Eheleuten Leber, wodurch die bezeichnete Parzelle dem Ehemann als südlicher Theil des Grundstücks Flur II. № 314. zugetheilt worden sei, auf das Zuschlagserkenntniß, wodurch Caspar Schmidt die fragliche Theilparzelle in nothwendiger Subhastation erworben, und auf den Kaufvertrag vom 8. Aug. 1845., wodurch er selbst dieselbe wiederum von Schmidt an sich gebracht habe. Ihrer ursprünglichen Intention nach stellte sich die Klage als Negatorienklage dar, womit die Rechte, welche Verklagte nach Angabe des Klägers an dem Grundstück in Anspruch nehmen und benutzen, nämlich die Benutzung von 10—12 Ruthen als Holzplatz, von 5—6 Ruth. als Bleichplatz und Wiese, des Brunnens zum Wasserschöpfen und eines Weges zu diesem Brunnen, abgewehrt werden sollten. Indeß schon der Antrag, der auch auf Aberkennung von Eigenthums- neben Nutzungsrechten geht, streift über die Grenzen der Negatorienklage hinaus in das Gebiet der Vindikation, so jedoch, daß statt eines positiven Antrages ein bloß negativer gestellt, statt auf Herausgabe des Grundstücks auf Aberkennung des Eigenthums geklagt ist. Im Verlauf der Sache hat sich der Streit deutlich und entschieden als ein solcher herausgestellt, der an erster Stelle das Eigenthum des Grundstücks und nur eventuell noch etwanige bloße jura in re aliena betrifft.

Von welcher dieser beiden Seiten man nun aber auch die Sache ansieht, als Streit über das Eigenthum, oder

Digitized by Google

über dingliche Rechte, nach beiden Seiten hat man es mit einer actio in rem zu thun, deren Anstellung bei dem Kläger sich auf bestimmte Voraussetzungen und Bedingungen gründen muß. Diese beruhen mit Einem Worte auf dem Nachweise des Eigenthums oder wenigstens des vollständigen Besitzes der Sache, deren Herausgabe oder deren Freierklärung von dinglichen Ansprüchen verlangt wird. Kläger gründet sich in dem durch den Kaufvertrag vom 8. August 1845. erworbenen Eigenthum der streitigen Parzelle; es ist ihm aber eingewendet, daß er kein Eigenthum, ja nicht einmal den Besitz erlangt habe, weil von Seiten des Verkäufers an ihn keine Tradition geschehen sei, ja nicht einmal habe geschehen können, da Verklagte selbst sich im Besitze des Grundstückes befunden hätten. Hierauf bemerkt der Appellationsrichter: es würde zwar, sofern Verklagte schon in der Klagebeantwortung behauptet haben, stets im Besitze der Grundfläche gewesen zu sein, der Kläger wohl nicht Eigenthümer durch Uebergabe haben werden können, und es hätte daher vor Erhebung des über diesen Punct beiderseits angetretenen Beweises von einer actio negatoria oder Publiciana nicht die Rede sein können; dessen ungeachtet aber könne man schon jetzt den Kläger für hinreichend legitimirt halten, insofern er im Wesentlichen nur die aus dem Kaufkontracte unzweifelhaft ihm zustehenden Rechte verfolge, wie dies aus der Fassung der Klage zur Genüge erhelle und auch die weiteren Verhandlungen ergeben. Diese sonderbare Argumentation haben Imploranten mit dem Vorwurfe angegriffen, daß sie

1) gegen die §§. 175. und 176. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. und
2) gegen das Rechtsprincip verstoße: daß ein Vertrag nur Rechte und Verbindlichkeiten zwischen den Kontrahenten erzeuge.

Der Vorwurf ist begründet. Jener letzte Satz: daß ein Vertrag nur Rechte und Verbindlichkeiten unter den Kontrahenten erzeuge — drückt dasselbe aus, was in schärferer Fassung so lauten würde:

> ein Vertrag an sich allein erzeugt nur ein persönliches Recht und eine persönliche Verbindlichkeit zwischen den Kontrahenten, nur ein Recht zur Sache, die Befugniß, von dem Verpflichteten zu fordern, daß er eine bestimmte Sache gebe, einen Titel; erst durch hinzukommende Erwerbungsart, wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zur Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt

Digitized by Google

wird, entsteht ein dingliches Recht auf die Sache und erst dieses dingliche Recht, nicht aber das bloß persönliche Recht, das bloße Forderungsrecht aus dem Kontracte, kann von dem Berechtigten gegen jeden Dritten ausgeübt werden.

Diese Grundsätze sind aber deutlich in §§. 122. ff. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. ausgesprochen, und der Richter hat sie verletzt, wenn er dem Käufer einer Sache aus dem bloßen Kaufkontracte, auch ohne zu untersuchen, ob auf Grund desselben der Besitz vom Verkäufer auf den Käufer übergegangen sei, eine auf die Sache bezügliche Klage gegen Dritte, hier die Verklagten, zugestanden hat — Diese Klage als Vindikation aufgefaßt, so setzt eben diese Vindikationsklage den Nachweis voraus, daß Kläger entweder Eigenthümer oder vollständiger Besitzer sei.

Allgem. Landrecht Thl. I. Tit. 7. §. 175. 176., Thl. I. Tit. 15. §. 1. 2.

Behauptet er Eigenthümer zu sein, so setzt der dem Verklagten gegenüber zu führende Beweis des wahren Eigenthums offenbar nicht bloß den Nachweis des zum Uebergange des Eigenthums geschickten Titels und den Nachweis, daß der Auctor Eigenthümer gewesen ist, sondern auch den Beweis der Erwerbungsart, d. i. der Tradition, voraus.

A. L. R. Thl. I. Tit. 10. §. 1. ff., Thl. I. Tit. 11. §. 127.

Aber auch wenn er seine Behauptung auf den vollständigen Besitz beschränkt, so muß er vor allen Dingen nachweisen, daß er überhaupt einmal Besitzer gewesen und daß ihm der Besitz ohne seinen Willen entnommen oder vorenthalten worden ist. Nicht minder setzt die Negatorienklage als das wesentlichste Erforderniß den Beweis des Eigenthums oder wenigstens des vollständigen Besitzes derjenigen Sache voraus, deren Freiheit von angemaaßten dinglichen Rechten, Nutzungsrechten oder Servituten behauptet wird, wie klar aus den §§. 181. 182. 169. ff. Theil I. Tit. 7. des A. L. R. hervorgeht. Soweit ist auch der Vorwurf der Verletzung der §§. 175. 176. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. begründet.

Wird nun das Appellationserkenntniß vernichtet, so kann in der Sache selbst auf die Appellation der Verklagten noch nicht definitiv erkannt werden.

Auf der einen Seite behauptet Kläger sowohl, daß die Uebergabe der streitigen Parzelle an ihn erfolgt sei und beruft sich in dieser Beziehung auf den Inhalt des

Digitized by Google

Kaufkontractes vom 8. August 1845., so wie auf das Zeugniß seines Auctors Caspar Schmidt zu Bese, als auch, daß er Besitzer der streitigen Parzelle sei, worüber er als Zeugen, außer jenem Caspar Schmidt, den Adam Kersting und den Johann Balkenhol gen. Henke zu Wiemeringhausen so wie die Ehefrau Caspar Balkenhol daselbst benannt hat. — Auf der anderen Seite behaupten Verklagte, daß sie sich nicht nur jetzt, sondern auch vor der Subhastation im beständigen Besitze der Streitfläche befunden und namentlich die vom Kläger erwähnten Rechte ausgeübt hätten, und haben darüber Lorenz, Hansland, Heinrich Padberg, Johann Schmidt und Caspar Balkenhol zu Wiemeringhausen als Zeugen vorgeschlagen.

Auf Erhebung dieses Beweises und demnächst anderweite Entscheidung der Sache in zweiter Instanz ist sonach zu resolviren.

Da nun der behauptete Besitz des Klägers sich nicht herausstellte, ward er durch das Erkenntniß des Appellations-Gerichts v. 4. Mai 1850. mit der Klage abgewiesen. Er ließ sich jetzt von Schmidt unterm 17. Novemb. 1851. die Erklärung geben: Da er (Schmidt) durch die Adjudicatoria vom 19. Jan. 1833. das streitige Grundstück erworben habe, so erkläre er hiermit nachträglich und zusätzlich zu diesem Vertrage, daß dem Käufer Balkenhol mit dem Grundstücke auch alle durch die erwähnte Adjudikation davon ihm erworbenen Rechte zu seinem vollen unbeschränkten Eigenthum abgetreten sein sollen, und er deshalb wegen des ihm früher gezahlten Kaufpreises vollständig befriedigt sei. — Balkenhol stellte nun die cedirte Vindicationsklage an. Die Einrede, daß er als Käufer des Schmidt bereits rechtskräftig abgewiesen, beseitigte er durch den erlangten neuen Titel der Klage — Cession, und erstritt durch die bündigen Erkenntnisse des Briloner Kreis-Gerichts vom 8. Juni 1852. und Arnsberger Appellationsgerichts vom 5. Jan. 1853. das cedirte Eigenthumsrecht.

Druck der Curth'schen Buchdruckerei in Arnsberg.

Digitized by Google

XXVI.

1. **Nach gemeinem Recht kann ein testamentum parentum inter liberos mündlich vor zwei Zeugen gültig errichtet werden.**
2. **Der Inhalt eines solchergestalt errichteten Testaments kann durch eine öffentliche Urkunde vollständig nachgewiesen werden; der eidlichen Vernehmung der bei Errichtung des Testaments gegenwärtig gewesenen Zeugen bedarf es alsdann nicht.**

Mitgetheilt von einem Praktiker.

Die im Jahre 1821. zu Saalhausen verstorbene Witwe des Johann Schauerte hinterließ eine von ihr unterkreuzte, von Notar und Zeugen aber unterschriebene letztwillige Verfügung de dato Saalhausen den 6. Nov. 1811., worin sie ihre 8 Kinder sub titulo honorabili als Erben berief, ihren ältesten Sohn Anton Schauerte aber zum Universal-Erben und zum Nachfolger in Haus, Güter, Mobilien, Forderungen und Gerechtsame ernannte. Zugleich legte sie diesem die Verflichtung auf, einem jedem seiner Geschwister zur Zeit der Verheirathung den Pflichttheil, den die disponirende Mutter genau bestimmte, herauszugeben.

Digitized by Google

Im §. 8. der Disposition heißt es:

„Will ich, daß dieses als ein Testament, oder Verordnung unter den Kindern gelten, gehalten und oberlich bestättigt werde"

und endlich ist am Schluße gesagt:

„Zu all dessen Urkunde habe ich dieses nach deutlicher Vorlesung in Gegenwart des ersuchten Notars und Zeugen bei noch gutem Verstande eigenhändig unterzeichnet."

Auf Grund dieser Disposition setzte sich der ernannte Erbe, Anton Schauerte, in den Besitz des mütterlichen Nachlasses und entrichtete einigen seiner Geschwister die diesen in der mütterlichen Disposition ausgesetzte Abfindung. Zwei derselben, Maria und Heinrich Schauerte waren indeß der Ansicht, daß die von ihrer Mutter hinterlassene Disposition wegen Nichtbeachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten ungültig, dem gemäß also die Intestat-Erbfolge eröffnet sei. Sie erhoben deshalb gegen den Anton Schauerte Klage und richteten ihren Antrag dahin:

das Testament vom 6. November 1811. zu annulliren und den Verklagten für schuldig zu erklären, das Miteigenthum der Kläger am Nachlasse der Wittwe Schauerte anzuerkennen und über denselben ein eidlich zu manifestirendes Inventar aufzustellen, den Klägern auch $^2/_3$ dieses Nachlasses nebst den seit dem Jahre 1821. gezogenen Nutzungen herauszugeben.

Der Verklagte wollte sich hierzu nicht verstehen und behauptete, daß das angefochtene Testament sowohl als testamentum parentum inter liberos, als auch als eine divisio parentum inter liberos, endlich als ein testamentum nuncupativum in scripturam redactum in Kraft zu erhalten sei.

Digitized by Google

Das Land- und Stadt-Gericht zu A. verurtheilte indeß den Verklagten nach dem Klageantrage.

Es nahm an, daß nach dem hier zur Anwendung kommenden gemeinen Rechte das von der Witwe Schauerte errichtete Testament weder als ein testamentum parentum inter liberos, noch als eine nuda divisio parentum inter liberos zu Recht bestehen könne; ersteres nicht, weil die Witwe Schauerte nicht habe schreiben können, letzteres nicht, weil die von der Notariats-Ordnung von 1812. nachgelassene Zuziehung von zwei Zeugen nur bei dem testamentum nuncupativum stattfinde. Die Annahme aber, daß die Wittwe Schauerte mündlich testirt habe, werde durch den deutlichen Inhalt das Testament selbst und durch das Vorhandensein einer schriftlichen Urkunde widerlegt.

Auf eingelegte Appellation erkannte der Civil-Senat des Königl. Ober-Landes-Gerichts zu Arnsberg durch Erkenntniß vom 7. Juli 1846.

auf Abweisung der Kläger

und zwar aus folgenden Gründen:

Die Erblasserin hat ihre letztwillige Verfügung zur Zeit der Herrschaft des gemeinen Rechts errichtet. Obwohl dieselbe in ihrer Disposition solche Bestimmungen getroffen hat, die nur ihre Kinder angehen, so kann doch von einer dispositio oder divisio parentum inter liberos hier deshalb keine Rede sein, weil der Aufsatz, in dem eine solche enthalten ist, gesetzlich entweder von dem testirenden Ascendenten oder den bedachten Descendenten unterschrieben sein muß; besonders aber auch, weil eine solche Theilung grade den Eintritt der Intestat-Erbfolge voraussetzt, während in casu nur Ein Erbe da ist, und die Geschwister desselben nach der Disposition nur abfindungsberechtigt sind. Bei den schriftlichen Testamenten der Eltern unter Kindern aber muß der Testator die Namen der Kinder unerläßlich selbst schreiben, welche Vorschrift bei dieser

Digitized by Google

Testamentsart stehen geblieben ist, obschon sie in Betreff ihrer Geltung für alle schriftlichen Testamente aufgehoben ist.

Wohl dagegen besteht die fragliche Disposition zu Recht als ein mündliches Testament der Eltern unter Kindern; und daß ein solches dadurch, daß es nachher niedergeschrieben wird, nichts von seiner Gültigkeit verliert, unterliegt keinem Bedenken, wofern nur nicht erhellt, daß der Testator grade nur schriftlich habe testiren wollen. Daß aber die Wittwe Schauerte mündlich testirte, geht schon aus dem Umstande ihrer Schreibensunerfahrenheit hervor. Notar und Zeugen konnten mithin ihr Testament nicht anders zu Papier bringen, als wenn sie zuvor die Bestimmungen desselben aus dem Munde der Disponentin vernommen hatten. Dann wird aber auch die Wittwe Schauerte selbstredend aufgeführt, woraus gefolgert werden muß, daß die Notariats-Urkunde nur eine Wiederholung der von ihr gebrauchten Worte enthält. Aus dem Schlußsatze des Testaments kann man nicht, wie vom ersten Richter geschehen, die Folgerung entnehmen, daß das Testament ein schriftlich errichtetes sei. Denn die hier gewählte Formel bekundet nichts weiter, als daß die von Notar und Zeugen verfaßte Scriptur der Wittwe Schauerte nochmals vorgelesen, von ihr als mit ihrer Willensmeinung übereinstimmend anerkannt und dem zur Urkund in des Notars und der Zeugen Gegenwart unterkreuzt sei.

Unter den Lehrern des römischen Rechts ist es zwar streitig, ob die Eltern unter Kindern ein privilegirtes mündliches Testament errichten können. Allein davon abgesehen, daß angesehene Praktiker sich für die Bejahung dieser Frage ausgesprochen haben:

Vinnius select. quaest. lib. II. Cap. 18. in fine.
à Sande decis. frisiae lib. IV tit. 1. def. 7.
Höpfner Comment. §. 460.

Digitized by Google

Michaelis Grassi collat. juris civilis romani cum recess. imperii romani germanici differat. princ. pag. 159. und besonders pag. 164. Noet comment. lib. 28. tit 1. Nr. 15.

wird jeder Zweifel durch die Notariats-Ordnung Kaisers Maximilian von 1512. beseitigt. Dieselbe bestimmt im Titel „Von Testamenten."

„§. 1. nach Kayserlichen Rechten, und Gesetzen, seind zweierlei testament: das ein das in Schrifften geschieht, oder durch mittel einer Schrifft, die beschlossen oder zugemacht ist. Das ander, das gemeiner ist, daß man allein durch mündliche Erklärung ohne Schrifft, oder ohne schrifftliche Solennitaet, aufzurichten pflegt, und darum nuncupatione, daß ist ein ausgesprochen testament, genandt wird, und seinem Wesen oder Substanz nach keine Schrifft bedarff.

§ 2. Und sollen die Notarien Auffmerkung haben, daß nach Kayserlichen Rechten, zu Auffrichtung aller oder jezt gemelten Testamenten, aufs wenigst sieben Zeugen nöthig seynd, zu denen der Notarius auch gezählt wird. — Aber im Testament, so Vatter und Mutter zwischen ihren Kindern, in dem Fall da kein ander ihr Testament zuvor gemacht und solche abgethan wird ꝛc. da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen, biß auf zween."

Diese Vorschrift findet grade auf mündlich errichtete Testamente Anwendung. Der §. 8. a. a. O. der bei Errichtung eines test. nuncupatio. die Zuziehung von sieben Zeugen verlangt, bezieht sich, ebenso wie der vorhergehende §. 7. der bei einem schriftlichen Testament die Gegenwart von 7. resp. 8 Zeugen vorschreibt, nur auf die nicht priviligirten Testamente; weil, wollte man diese Vorschriften auch auf die §. 2. l. c. genannten privilegirten Testamente zur Anwendung bringen, die privilegirte

Digitized by Google

Form als stillschweigend aufgehoben betrachtet werden müßte.

Es fragt sich daher nur noch, ob der Inhalt des von der Wittwe Schauerte mündlich errichteten Testaments für erwiesen angenommen werden muß? Dies ist zu bejahen. Wie es im Eingange der Notariats-Ordnung heißt, sollte durch „das Amt der Notarien die Handlung und Willen der Menschen, damit sie nicht in Vergessenheit gesetzt durch Mittel der Schrift in ewigem Gedächtniß behalten, und durch glaubwürdige offene Urkunden befestigt werden."

Insbesondre sollten die Notarien auch Testamente „vorschreiben" und, wie aus dem Titel „von Testamenten" unzweifelhaft hervorgeht, über mündlich errichtete Testamente Urkunden aufnehmen. Grade bei dieser Art von Testamenten war eine öffentliche, glaubwürdige Urkunde fast unentbehrlich, weil sonst mit dem Tode der Zeugen in der Regel auch der Inhalt des Testaments verloren gegangen sein würde. Da der Notar nur über das „so er mit leiblichen Sinnen vermerkt" (§. 6. der Notariats-Ordnung.) ein Instrument aufnehmen durfte, und die über das Wahrgenommene errichtete Urkunde einen vollen Beweis liefert; so bedurfte es nicht erst der Vernehmung der bei Errichtung des Testaments anwesend gewesenen Zeugen.

Stryck de cant. test. Cap. VIII. §. 37. Cap. XIII. §. 11. Cap. XV. §. 44. Cap. XXIII. §. 18.

Stryck M. M. lib. 28. tit. 1. §. 20.

Höpfner Comment. §. 450.

Struben rechtl. Bedenk. Band 5. Bnd. XXII.

Mevii decis. pars IX. dec. 149.

Carpzov definit. forens. Pars III. Const. III. definit 37.

Gegen die Glaubwürdigkeit der von dem Verklagten vorgelegten Notariats-Urkunde sind keine Einwendungen erhoben und war deshalb auf Abweisung der Kläger zu erkennen.

Digitized by Google

Durch Erkenntniß des Geheimen Ober-Tribunals vom 10. Mai 1847. wurde dies Erkenntniß lediglich bestätigt. In den Gründen heißt es:

Die Entscheidung der Sache beruht darauf, ob die mütterliche Disposition vom 6. November 1811. als zu Recht beständig anzusehen ist. Dies ist mit dem Appellationsrichter anzunehmen.

In Rücksicht der Form derselben, kommen nach §. 15. des Publikations-Patents vom 21. Januar 1825. die Vorschrift der älteren Gesetze zur Anwendung. Nun kann sie zwar als nuda dispositio parentis inter liberos nicht betrachtet werden, weil diese immer voraussetzt, daß es bei der Intestat-Succession belassen und nur gewisse Theilungs-Principe aufgestellt waren, hier aber ausdrücklich eine testamentarische Erbeseinsetzung der Kinder geschehen ist.

Mühlenbruch doctrina pand. tom III. §. 688.

Thibaut System §. 709.

Auch hat diese Disposition nicht die Erfordernisse, welche bei einem schriftlichen Testamente parentum inter liberos in der Novelle 107. Cap. 1. vorgeschrieben sind. Es wird darin ein des Schreibens erfahrner Testator vorausgesetzt, die Namen der Kinder müssen ausgedrückt, ihre Antheile mit Buchstaben geschrieben und es muß das Datum beigefügt sein.

Kind quaest. tom. I. Cap. 47. S. 342.

Nur das letztere Erforderniß trifft hier zu, alle übrigen nicht. Allein diese Vorschrift setzt ein schriftliches, ohne Zeugen errichtetes testamentum parentis inter liberos voraus. Bei einem solchen, aber mündlich errichteten Testamente genügt die Zuziehung zweier Zeugen. Das leidet nach den in Deutschland gültig gewesenen Reichsgesetzen gar keinen Zweifel. Denn die Notariats-Ordnung Kaisers Maximilian von 1512. besagt Titel von Testamenten §. 2., nachdem im Allgemeinen die Nothwendigkeit

Digitized by Google

der Zuziehung von sieben Zeugen bei Testamenten anerkannt wird.

„Aber in Testamenten, so Vater und Mutter unter Kindern machen, in dem Fall, da kein Ander ihr Testament zuvor gemacht ꝛc. da ist solche Anzahl der Zeugen nachgelassen, bis auf zwei."

Diese Verordnung wird auf mündliche Testamente beschränkt.

Wernher observat puos. V. ob. 154.

Mühlenbruch l. c. Note 9.

Da sie aber auch für diese ihre volle Gültigkeit habe, ist nicht zu bestreiten. Muller prompt. juris Vol. III. S. 390. Stryck tract. de caut. test. Cap. X. §. 21. Hellfeld jur. for. lib. 29. tit. 1. §. 1482.

Auch Wenig-Ingenheim im Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Buch V. §. 482. erkennt es an, daß Testamente der Eltern unter Kindern nach dem Reichsgesetze mündlich vor zwei Zeugen gültig errichtet werden können. Der erste Richter hat die in Rede stehende letztwillige Verordnung für eine schriftliche angesehen und vermißt die hierzu erforderlichen, in der Novelle 107. vorgeschriebenen Formalitäten. Wenn indeß ihr Inhalt geprüft wird, so zeigt sich, daß es der Testatrix nicht füglich in den Sinn kommen konnte, schriftlich zu testiren, da es ihr an der hierzu nothwendigen Erfahrenheit im Schreiben ermangelte und sie nur im Stande war, unter den Aufsatz ein Kreuzzeichen beizufügen. Eben deshalb wählte sie die Form eines mündlichen Testaments unter Zuziehung von Zeugen und eines Notars, der ihre Willensmeinung in einen Aufsatz bringen sollte; sie ließ sich denselben vorlesen und der ganze Hergang der Sache läßt sich nicht füglich anders denken, als daß die Testatrix vor dem Notar und zwei Zeugen ihre Willensmeinung mündlich zu erkennen gab, daß der Notar hernächst diese ihre Erklärung zu Papier

Digitized by Google

brachte und die Testatrix den vorgelesenen Aufsatz zum Zeichen der Genehmigung unterkreuzte. Hiernach war denn allerdings ein mündlich erklärtes testamentum parentis inter liberos vorhanden und daß selbiges in ein Notariats-Document gebracht worden, kann die Zuverläßigkeit der von der Testatrix abgegebenen, in Gegenwart von zwei Zeugen ausgesprochenen Willensmeinung nicht wankend machen, sondern nur erhöhen, durch hinzugetretene amtliche Beglaubigung.

Der Antrag der Kläger auf Annullirung dieses Testaments ist daher nicht gerechtfertigt.

Die Kläger waren anfangs gar nicht Willens, die mütterliche Disposition anzufechten. Sie verlangten vielmehr auf Grund derselben die ihnen festgesetzte Abfindung, worauf bereits Abschlagszahlungen geleistet waren, weshalb wohl angenommen werden durfte, daß beide Theile über die Rechtsbeständigkeit des Testaments einverstanden waren. Allein das Gericht wies die auf Entrichtung der Abfindung gerichtete Klage als unbegründet per decretum zurück; behauptend: das Testament sei nichtig und daher Intestat-Succession eingetroffen. Durch diese Verfügung wurde ohne gegründete Veranlassung, ein Rechtsstreit ins Leben gerufen, der für beide Theile einen bedeutenden Vermögensverlust zur Folge gehabt hat. Kläger, in den größten Theil der Prozeßkosten verurtheilt, haben fast ihr ganzes mütterliches Vermögen eingebüßt; und Verklagter hat in Folge der in zweiter Instanz erkannten Kosten-Compensation, zu den Kosten 1ster und 2ter Instanz eine Beisteuer entrichten müssen, die beinah hingereicht haben würde, die Hälfte der den Klägern noch gebührenden Abfindung zu berichtigen. Später sind Kläger mit ihrer anfangs per decretum zurückgewiesenen Klage durchgedrungen. Ein Fingerzeig für die Gerichte, sich nicht als Rathgeber der Partheien aufzuwerfen.

Digitized by Google

XXVII.

I. Unter den Eigenthümern mehrerer für dieselbe Schuld solidarisch verpfändeter Sachen besteht keine communio, welche die Theilnehmer unter einander verpflichtet, zur gemeinschaftlichen Befriedigung des Gläubigers zu kontribuiren.

II. Für dasjenige, was aus dem Vermögen des einen Pfandeigenthümers*) zur Befriedigung des Gläubigers hergegeben ist, kann nicht quasi ex contractu von den übrigen Pfandeigenthümern pro rata Vergütung gefordert werden.

III. Der Pfandeigenthümer, welcher die mit einem Solidar-Pfandrecht versehene Forderung durch Cession erworben, und seine eigenen Sachen liberirt hat, ist in der Geltendmachung des Pfandrechts an den übrigen verpfändeten Sachen nicht beschränkt.

---

*) Der Ausdruck „Pfandeigenthümer" ist der Kürze wegen statt „Eigenthümer der verpfändeten Sache" gewählt.

Digitized by Google

Vergleiche:
v. d. Hagen im N. Archiv B. V. S. 366. seq. B. XII. S. 168.
Koch: Beurtheilung der ersten 10 Bände S. 388. 389.
Goeschel: Zerstreute Blätter I. S. 450. seq.

Vom Herren Appellationsgerichtsrath **Roloff** in Marienwerder. *)

I.

Aus dem Verhältniß zwischen dem Gläubiger und den Eigenthümern mehrerer für dessen Forderung solidarisch verpfändeter Sachen hat man versucht, ein anderes Rechtsverhältniß (communio) abzuleiten, welches zwischen den Pfandeigenthümern selbst bestehen, seine Quellen in jenem finden, und die Theilnehmer unter sich verpflichten soll, die Befriedigung des Gläubigers gemeinschaftlich zu bewirken, oder dazu zu kontribuiren.

Bei einer solchen Ableitung kommt es vor Allem auf eine richtige Erkenntniß des zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisses als der Quelle an. Setzen wir nun, um das hier in Rede stehende Rechtsverhältniß rein für sich aufzufassen, voraus, daß der persönliche Schuldner sich unter den Pfandeigenthümern nicht befinde, so werden folgende übrigens unzweifelhafte Rechtssätze zur Gewinnung einer sichern Grundlage genügen.

Die dingliche Verpflichtung der Pfandeigenthümer dem Gläubiger gegenüber hat nur ein Dulden, nicht aber ein Thun zum Gegenstande. Die Verpflichteten müssen vermöge der Beschränkung ihres Eigenthums dem Gläubiger gestatten, die verpfändeten Sachen, deren Früchte

*) Auch nach den Mittheilungen im vorigen Hefte S. 133. ff. noch anziehend für Theorie und Praxis.
Dr. Sommer.

Digitized by Google

und sonstige Accessionen zu veräußern, und sich aus den Kaufgeldern wegen der fälligen, aber vom Schuldner unerfüllt gelassenen Forderung Befriedigung zu verschaffen.

Durch Veräußerung einer verpfändeten Sache seitens des Gläubigers wird dessen dingliches Recht auf diese Sache unbedingt konsumirt, mag die bezweckte Befriedigung aus den Kaufgeldern erreicht werden oder nicht. Dagegen hat die Veräußerung des einen Pfandes keinen unmittelbaren und nothwendigen Einfluß auf das Rechtsverhältniß des Gläubigers zu den übrigen Pfandeigenthümern. Letzteres bleibt ganz unberührt, sofern der Gläubiger aus den Kaufgeldern der veräußerten Sache nicht befriedigt wird: nur wenn und so weit er daraus seine Befriedigung wirklich erhält, erlischt mit der Forderung selbst mittelbar auch das accessorische dingliche Recht auf alle verpfändeten Sachen.

Leistet ein Pfandeigenthümer dem Gläubiger Zahlung, so ist das Sache seiner freien Willensbestimmung; das vorhandene dingliche Rechtsverhältniß, weil es eine Verpflichtung dazu nicht enthält, hat eben deshalb auf die rechtliche Wirkung einer solchen Zahlung keinen Einfluß. Der Gläubiger andererseits ist zwar zur Annahme der fälligen Zahlung vom Pfandeigenthümer rechtlich genöthigt; allein auch diese Nöthigung ist nicht eine besondere Wirkung des dinglichen Rechtsverhältnisses, denn der Gläubiger ist dazu nach §. 49. I. 16. L. R. jeder in der Verwaltung ihres Vermögens nicht beschränkten Person verpflichtet.

Die Einlösung des Pfandes durch Befriedigung des Gläubigers seitens des Pfandeigenthümers tritt zwar im gemeinen Leben ungleich häufiger ein als die wirkliche Ausübung des Pfandrechts, zu welcher es nur dann kommt, wenn der Pfandeigenthümer die Mittel zur Einlösung nicht zu beschaffen vermag; dadurch wird indeß die rechtliche Natur der Handlung als eine freiwillige nicht geändert.

Digitized by Google

Hält man diesen unzweifelhaften Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen dem Gläubiger und den Pfandeigenthümern fest, so ist zwar sehr wohl denkbar, daß nebenher unter den Pfandeigenthümern selbst ein Rechtsverhältniß bestehe, welches sie unter einander nicht bloß zur Duldung des Verkaufs der Pfänder sondern zur gemeinschaftlichen Erfüllung der Forderung des Gläubigers behufs Einlösung der Pfänder also zu einem Thun verpflichtet; wie indeß eine solche Verbindlichkeit ohne besondere causa debendi aus dem ersteren davon ganz verschiedenen Rechtsverhältnisse abgeleitet werden könne, ist nicht wohl einzusehn. Mögen mehrere einem dritten solidarisch zu einem Thun (dare-facere) Verpflichtete präsumtiv auch unter sich gehalten sein, dieses dare facere gemeinschaftlich vorzunehmen, und dazu zu kontribuiren; wenn aber mehrere dem dritten nur zu einem Dulden Verpflichteten unter sich zu einem Thun verpflichtet sein sollen, so kann diese letztere Verbindlichkeit nicht füglich eine bloße rechtliche Folge der ersteren sein.

Der Versuch einer solchen Ableitung konnte nur durch Trübung der Quellen, aus welcher geschöpft wird, scheinbar gelingen. In der That geht der scharfsinnige Begründer dieses Versuchs von der unzulässigen Voraussetzung aus, daß die Pfandeigenthümer dem Gläubiger zur Erfüllung verpflichtet seien, daß durch die Zahlung eines Pfandeigenthümers eine allen Pfandeigenthümern obliegende Verbindlichkeit getilgt werde.

Hören wir ihn selbst:

„Mehrere solidarisch verpfändete Güter sind" — so wird in der angeführten Schrift v. d. Hagen's S. 7. — 9. ausgeführt — „nach §. 468. I. 20. L. R. im Verhältniß zum Gläubiger correi debendi, und damit unzertrennlich verbunden ist eine unter den correis bestehende Gemeinschaft, in Folge deren

Digitized by Google

sie auch ohne Vertrag zur Befriedigung des Gläubigers unter sich kontribuiren müssen u. s. w.

Wenn hier die verpfändeten Güter selbst als Verpflichtete im Verhältniß zum Gläubiger bezeichnet werden, so ist dies unzweifelhaft nicht wörtlich zu verstehen, da gerade v. d. Hagen in demselben Bande des Archivs S. 359. seq. diese von Koch aufgestellte Ansicht angegriffen und glänzend widerlegt hat. Subjekt von Vermögensrechten und Verbindlichkeiten kann selbstredend nur der sein, welcher rechtlich fähig ist, Vermögen zu besitzen, *) und diese Fähigkeit geht den verpfändeten Gütern gänzlich ab. Der bequemeren Bezeichnung wegen mag man bildlich innerhalb von einer verpflichteten oder belasteten Sache (res serviens) sprechen; nur muß man darauf verzichten, auf diese Ausdrucksweise weitere rechtliche Folgerungen bauen zu wollen.

Die wirklichen Subjekte in unserm Rechtsverhältniß sind nicht die verpfändeten Güter, sondern deren Eigenthümer, und diese sind im Verhältniß zum Gläubiger keineswegs correi debendi. Jede passive Correal-Obligation setzt ihrem Begriffe nach voraus:

a) ein obligatorisches Verhältniß. In einem solchen stehen die Pfandeigenthümer zum Gläubiger überhaupt nicht.

b) Identität der Leistung für alle Verpflichtete (cf. Puchta Institutionen III. S. 39.) In unserm Falle ist die Leistung jedes Pfandeigenthümers eine besondere: der eine hat die Veräußerung seines Guts A. zu dulden, der andere die Veräußerung seines Guts B. u. s. w. Nicht die Leistung selbst ist hier eine identische, sondern nur der weitere Zweck der verschiedenen Leistungen.

*) Meine Abhandlung über Reallasten Neues Archiv Bd. 15. S 616. 617.

Digitized by Google

c) Auflösung des ganzen Rechtsverhältnisses durch Erfüllung der Verbindlichkeit seitens des einen correus. In unserm Falle kann ein Pfandeigenthümer die Veräußerung seiner Sache geduldet und dadurch seiner dinglichen Verbindlichkeit vollständig genügt haben; aber der Gläubiger ist aus den Kaufgeldern nicht befriedigt, und daher sein Recht auf die übrigen Pfänder unberührt geblieben.

Es ergibt sich hieraus eine so wesentliche Verschiedenheit zwischen der passiven Correal-Obligation und unserm dinglichen Rechtsverhältniß, daß die Grundsätze der erstern selbst eine analoge Anwendung auf das letztere nicht gestatten. Denn das, was bei einer durch Vertrag begründeten passiven Correal-Verbindlichkeit die correi unter sich verbindet, ist eben die Identität der Leistung, verbunden mit der Willenseinigung, welche durch Eingehung der identischen Verbindlichkeit gegen den Gläubiger äußerlich erkennbar hervorgetreten ist. In unserm Falle aber fehlt die Identität der Leistung gänzlich, und wenn auch da, wo mehrere Personen in demselben Vertrage ihre Sachen für dieselbe Forderung verpfänden, eine Willenseinigung erkennbar hervortreten kann, so ist dies doch nicht die einzige, ja nicht einmal die gewöhnliche Entstehungsweise des Rechtsverhältnisses, denn bei weitem die meisten Solidar-Verpfändungen gehen von einzelnen Personen aus, eine Mehrheit dinglicher Verpflichteter tritt in das Rechtsverhältniß erst im Laufe der Zeit dadurch ein, daß der Verpfänder die belasteten Sachen oder Theile derselben durch besondere Verträge an verschiedene Personen veräußert, unter denen eine Willenseinigung in Beziehung auf das Gesammtverhältniß zum Gläubiger überhaupt nicht existirt, oder doch nicht erkennbar hervortritt. Hier fehlt einer gesetzlich zu präsumirenden communio jede factische Unterlage.

Digitized by Google

Weiter beruft sich v. d. Hagen auf §§. 258. 259. I. 13. L. R., indem er a. a. O. S. 8. 9. sagt:

„Die Zahlung eines Pfandeigenthümers an die Gläubiger muß unmittelbar und ipso jure auch den übrigen Pfandeigenthümern durch Liberation ihrer Sache zu statten kommen; mithin liegt von Anbeginn der Fall vor, wo die eigene Angelegenheit nicht ohne die fremde besorgt werden kann, und der Grund dieser Untrennbarkeit kann nur in der vorhandenen communio gesucht werden."

Auch hier ist wiederholt darauf hinzuweisen, daß die Pfandeigenthümer zur Zahlung an den Gläubiger überhaupt nicht verpflichtet sind, eine Befreiung von dieser Verbindlichkeit daher auch nicht denkbar ist. Die auf den Gütern haftenden Pfandrechte aber erlöschen durch die Zahlung seitens eines Pfandeigenthümers keineswegs nothwendig und ipso jure; vielmehr nur dann, wenn dadurch zugleich die sicher gestellte Forderung gänzlich aufgehoben und nicht etwa nur auf eine andere Person (den Zahlenden) übertragen wird. Da nun der animo emendi zahlende Pfandeigenthümer die Forderung nebst Accessionen selbst erwerben, und auf diese Weise ein ausschließlich eigenes Geschäft besorgen kann, insofern er nicht durch besondere den übrigen Pfandeigenthümern zustehende Rechte daran gehindert wird, so setzt die behauptete nothwendige Kombination eigener und fremder Geschäftsführung gerade dasjenige voraus, was erst bewiesen werden soll, nämlich daß eine vorhandene communio den zahlenden Pfandeigenthümer hindere, die Forderung ausschließlich für sich selbst zu erwerben.

Nach der weitern Ausführung v. d. Hagen's (S. 5. 10. seq. 47. seq.), welcher auch das Obertribunal (Entsch. XII. S. 172.) beigetreten ist, soll die an sich persönliche Verbindlichkeit der Pfandeigenthümer, zur gemeinschaftlichen

Digitized by Google

Befriedigung des Gläubigers beizutragen, durch den im §. 159. II. der Hyp. Ordn. vorgeschriebenen Eintragungs-Vermerk über die erfolgte Solidarverpfändung auch den nöthigen dinglichen Schutz erlangen, um ihre Gültigkeit gegen jeden spätern Besitzer oder Erwerber von Realrechten behaupten zu können.

Nun könnte aber der dingliche Schutz einer solchen Verbindlichkeit (das Vorhandensein derselben einmal angenommen) nur in einer damit verbundenen Hypothek bestehen, und zum Erwerb derselben wäre erforderlich:

a) Ein durch Willenserklärung oder Gesetz begründeter Titel zum Pfandrecht. (§. 2. I. 20. L. R.) Wodurch dieser Titel bei der hier in Rede stehenden Obligation begründet werde, ist nicht angegeben.

b) Der Antrag der Berechtigten oder des Besitzers beim Richter auf Eintragung der Hypothek; denn weder konventionelle noch gesetzliche Hypothekentitel dürfen nach §§. 83. 126. 182. II. Hyp. Ordn. ex officio eingetragen werden. Die Eintragung des im §. 159. ib. vorgeschriebenen Vermerks geschieht aber dem entgegen ex officio; ja diese Eintragung würde selbst beim ausdrücklichen Widerspruch der angeblichen socii nicht unterbleiben dürfen.

c) Die wirkliche Eintragung des Titels in das Hypothekenbuch, wobei der Eintragungsvermerk alle wesentlichen Umstände des zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfts und eine genaue Bezeichnung der Personen enthalten muß, für welche die Eintragung erfolgt. (§. 21 — 23. ibid.) Der §. 159. vorgeschriebene Vermerk entspricht diesen Anforderungen nicht, sein Inhalt betrifft ausschließlich den Umfang des dem Gläubiger als dem ausschließlich bezeichneten Rechtssubjekt zustehenden Rechts. Der Vermerk über die Solidarverpfändung wird an sich völlig

Digitized by Google

subjekt- und gegenstandlos, sobald das Recht des Gläubigers auf dem Folio eines mitverpfändeten Gutes gelöscht wird.

Der Vermerk kann hiernach unmöglich den von den Gegnern behaupteten Zweck haben.

Als Ausfluß der angenommenen dinglichen communio und als Beweis für deren Existenz bezeichnet v. d. Hagen (S. 3. 35.) endlich die §§. 520. seq. der Konkurs-Ordn., welche dem obersten Prinzipe des Konkurs-Rechts nicht entsprechen sollen.

Angenommen nun, letzteres sei richtig, so bliebe es nichts desto weniger gewagt, aus dieser Nichtübereinstimmung zu folgern, die §§. 520. seq. verdankten ihr Dasein nicht etwa einem logischen Fehler der Redactoren, sondern es liege ihnen der Gedanke an ein Rechtsinstitut zum Grunde, welches in den einheimischen Rechtsquellen und ihren historischen Grundlagen ganz unerwähnt geblieben ist. Diese Annahme erscheint aber um so weniger gerechtfertigt, als doch mindestens wird zugegeben werden müssen, daß die Pfandeigenthümer, welche eine communio unter einander nicht wollen, solche auszuschließen befugt sind, daß also, wären die §§. 520. seq. Ausfluß einer unabhängig vom Konkurse bestehenden communio, auf den Fall einer Ausschließung derselben hätte Bedacht genommen werden müssen. Eben so würde eine unabhängig vom Konkurse bestehende communio nicht immer auf die zur Konkursmasse gehörigen Güter beschränkt sein, und die Theilung einer solchen communio könnte unmöglich ohne Heranziehung der mitverpfändeten, aber nicht zur Masse gehörigen Güter vor sich gehen, da dies eine Sondertheilung unter einzelnen sociis enthalten würde, wozu die Betheiligten wenigstens nicht gezwungen werden können.

Da die §§. 520. seq., ohne Andeutungen hierüber zu enthalten, sich auf das Gebiet der Konkursmasse be-

Digitized by Google

schränken, für dieses aber als unbedingt maaßgebend hingestellt sind, so können sie auch nur als besondere Folge der erst durch den Konkurs entstehenden Gemeinschaft angesehen werden, deren logische Konsequenz hier nicht interessirt.

Auch §. 9. der Verordnung vom 28. Dezbr. 1840. betreffend die Befreiung der Pfand- und Hypotheken-Gläubiger von der Einlassung in den Konkurs, lautend:

„Besitzt ein Gemeinschuldner mehrere mit denselben Hypotheken belastete Immobilien, so sind bei der Vertheilung der Revenüen und der Kaufgelder die Vorschriften der Prozeß-Ordn. Tit. 50. §§. 520 — 523. zu befolgen,"

hat so wenig die Grundlage der allegirten Paragraphen verändert, als deren Gebiet erweitert. Die Abänderungen der Konkursordnung durch gedachte Novelle beziehen sich lediglich auf das Liquidations- und Distributions-Verfahren.

Außer den vorstehenden kritischen Bemerkungen tritt nun der besprochenen communio noch Folgendes entgegen:

Die §§. 325. 326. I. 12. L. R. stellen den Grundsatz auf, daß der Legatar die ihm im Testament vermachte Sache mit allen darauf haftenden Lasten übernehmen, namentlich die Pfandrechte ohne Beitrag und Zuthun des Erben ablösen müsse. Hiervon macht nun §. 327. ibid. eine Ausnahme; er lautet:

„Ist die Sache mit mehreren zugleich verpfändet, so ist der Legatarius nur schuldig, einen Theil des Pfandschillings, nach Verhältniß des Werths der Sache, zu bezahlen; und kann dagegen den Erben anhalten, daß er die Sache von dem Pfandrechte befreie."

Das hier vom Gesetz aus einer bestimmten causa, nämlich dem präsumtiven Willen des Testators, hergeleitete

Digitized by Google

Rechtsverhältniß zwischen Legatar und Erbe, hat große Aehnlichkeit mit der besprochenen communio unter den Pfandeigenthümern, ja es kann, wenn der Erbe zugleich Eigenthümer der mitverpfändeten Sachen ist, als derselben kongruent angesehen werden. Wäre nun schon durch die Solidarverpfändung selbst eine communio unter den Pfandeigenthümern begründet, so würde der §. 327. eine ungerechtfertigte interpretatio voluntatis enthalten; denn ist der Erbe zugleich Eigenthümer der übrigen Pfänder, so wäre durchaus kein Grund vorhanden, anzunehmen, der Testator habe ein ohnehin bestehendes Rechtsverhältniß erst durch seine Disposition hervorrufen oder bestätigen wollen; sind dagegen die übrigen Pfänder Eigenthümer dritter Personen, und hätte der Legatar gegen diese aus der communio einen Anspruch auf gemeinschaftliche Aufbringung des Pfandschillings, so wäre aus der dem §. 326. zum Grunde liegenden ratio anzunehmen, der Testator habe dem Legatar in Gemeinschaft mit seinen sociis die Einlösung der Pfänder ohne Beitrag und Zuthun des Erben auferlegen wollen.

Zur völligen Gewißheit wird endlich die Nichtexistenz der besprochenen communio durch die Unausführbarkeit der Theilungsklage. Diese Klage setzt voraus, daß die Theilnehmer und ein bestimmtes Theilnahme-Verhältniß durch Vertrag oder Gesetz bereits feststehe, so daß zur Vorbereitung der Theilung selbst die Abwickelung der laufenden Geschäfte und Berechnung über Gewinn und Verlust genügt. (§. 84. 292. I. 17. L. R.) In unserm Falle soll aber nach der Ausführung v. d. Hagen's S. 19. seq. das Theilnahme-Verhältniß der angeblichen socii von Anbegin ganz unbestimmt bleiben, und sich erst durch das Ergebniß der nothwendigen Subhastation aller mitverpfändeten Güter, so wie durch Konvokation der vorstehenden Realberechtigten und Feststellung ihrer Forderungen

Digitized by Google

herausstellen. *) Hiernach müßten aber diejenigen Güter, deren Kaufgelder durch vorstehende Realforderungen abforbirt werden, deren Beitragsverhältniß also gleich Null ist, als Theilnehmer an der communio ganz ausscheiden; es handelte sich keineswegs, wie v. d. Hagen S. 26. annimmt, um einen an sich rechtlich feststehenden aber inexequibeln Beitrag, sondern die von Anfang an dem Rechte wie dem Betrage nach ungewisse, daher nur bedingte Verbindlichkeit gelangte wegen Ausfalls der Bedingung gar nicht zur wirklichen Existenz.

Die Theilungsklage scheitert daher einestheils an der Unmöglichkeit, sofort die Theilnehmer an der Gemeinschaft und das Theilnahmeverhältniß anzugeben und nachzuweisen, anderntheils an der Unmöglichkeit, die nothwendige Subhastation sämmtlicher mitverpfändeter Güter und die Konvokation der Realgläubiger, welche allein diese Nachweise liefern könnten, herbeizuführen, indem zur Provocation auf nothwendige Subhastation der Güter nach tit. 52. der Prozeß-Ordn. und der Verordnung vom 4. März 1834. weder ein einzelner socius noch die Gesammtheit derselben legitimirt ist. Die Klage wäre mithin nur ausführbar, wenn zufällig alle mitverpfändeten Güter auf Instanz dritter Personen zur nothwendigen Subhastation gestellt werden sollten; von solchen Zufälligkeiten kann aber die Klage aus einer rechtlich bestehenden communio nicht abhängig sein (§. 75. ꝛc. I. 17. L. R.).

Ob eine communio mit unbestimmten Theilnehmern und ihres Theilnahmeverhältnisses überhaupt rechtlich zulässig sei, mag hier unerörtert bleiben.

*) Eine derartige communio hätte nebenher das Eigenthümlichste, daß jeder Theilnehmer durch Verbesserung seines Guts auch sein Beitragsquantum steigerte; durch Devastationen dagegen seine Verbindlichkeit zum Nachtheil der socii verringerte.

Digitized by Google

II.

Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen eines Pfandeigenthümers kann geschehen:

entweder zwangsweise durch Selbstbefriedigung des Gläubigers aus den Kaufgeldern des verkauften Pfandes,

oder durch freiwillige Zahlung des Pfandeigenthümers.

Im ersteren Falle liegt in dem Verhalten des Pfandeigenthümers, welcher genöthigt wird, den Verkauf seiner Sache zu dulden, den übrigen Pfandeigenthümern gegenüber weder eine negotiorum gestio, noch eine in rem versio. Denn die negot. gest. setzt beim Handelnden den erkennbar vorhandenen Willen voraus, eine fremde Person zu repräsentiren, und diese Voraussetzung trifft im gegebenen Falle nicht zu. Das Pfand ist wider, oder mindestens ohne Rücksicht auf den Willen des Eigenthümers verkauft, auf eben die Weise der Kaufpreis zur Befriedigung des Gläubigers verwendet, der Eigenthümer hat nur geduldet, wozu er selbst und außer ihm Niemand dinglich verpflichtet war.

Die in rem versio andererseits enthält selbst nach der vielfach getadelten unbestimmten Auffassung des Land-Rechts doch keineswegs einen subsidiären General-Rechtstitel auf Vergütung aller Verluste, welche mit dem Vortheile eines Andern in Kausalverbindung stehen,*) dieser Kausalverbindung muß vielmehr eine wirkliche Verwendung, d. h. eine Handlung hinzutreten, welche den Vermögensübergang unter Erwartung der Vergütung bezweckt. Die Handlung muß sich darstellen als Erfüllung eines den Anspruch auf Vergütigung begründenden Rechtsgeschäfts,

*) Koch: Recht der Forderungen II. S. 530. ꝛc. Dessen Wechselrecht S. 324.

Digitized by Google

welches nur nicht perfect geworden, oder wegen irgend eines rechtlichen Mangels für sich allein gegen den Bereicherten nicht klagbar ist. Auch eine solche Verwendung liegt im gegebenen Falle nicht vor.

Die lex Rhodia, auch wenn sie, wie Göschel a. a. O. S. 457. anführt, als eine Anwendung des der versio in rem zum Grunde liegenden Prinzips anzusehen wäre, könnte nur zur Bestätigung des Obigen dienen; denn nur das, was absichtlich gleichsam in Folge stillschweigender Uebereinkunft zum Besten des Schiffs und seiner Ladung hergegeben oder aufgeopfert wird, muß von der Havariegemeinschaft vergütigt werden; andere Verluste, auch wenn durch sie Schiff und Ladung erhalten sein sollte, werden als Partikular-Havarie vom Eigenthümer allein getragen (§. 1900 — 1905. II. 8. L. R.).

Der zweite oben gedachte Fall, nemlich die Befriedigung des Gläubigers durch freiwillige Zahlung eines Pfandeigenthümers, kann dagegen möglicherweise eine negot. gest. oder versio in rem enthalten. Ist nemlich der Wille des Zahlenden, die übrigen Pfandeigenthümer zu repräsentiren, oder etwas in ihren Nutzen zu verwenden, dadurch bethätigt, daß er letzteren die eingelösten Pfänder zurückgegeben, oder sie in Stand gesetzt hat, die auf ihren Gütern haftende Hypothek löschen zu lassen, haben letztere den offerirten Vortheil angenommen, und läßt sich endlich das Quantum des Vortheils hinsichts eines jeden feststellen, so möchte sich wohl die eine oder andere Klage begründen lassen. Der vorausgesetzte Fall ist indeß unpractisch, und der Zahlende wird sich nicht leicht auf ein so unsicheres Geschäft einlassen, er wird in Ermangelung einer etwa unter den Betheiligten vorher getroffenen Einigung es vorziehen, sich auf die Wahrnehmung seines eigenen Interesses zu beschränken, das heißt vermöge des benef. cod. act. die Forderung selbst zu erwerben, und nach bewirkter Ti-

Digitized by Google

beration seines eigenen Guts die übrigen mit der Forderung verbundenen Pfandrechte vollständig geltend zu machen. Dies führt nun

III.

zu der Frage, ob ein solches Verfahren des zahlenden Pfandeigenthümers rechtlich zulässig oder durch die Rechte der übrigen Pfandeigenthümer beschränkt sei.

In den Entscheidungen des Ob. Trib. B. XII. S. 171. wird unter Bezugnahme auf die §§. 492 — 494. I. 16. L. R. ausgeführt, daß der zahlende Pfandeigenthümer sich den übrigen gegenüber durch Liberation seiner eigenen Sache nicht einseitig der Mitverhaftung entziehen könne. Die allegirten Paragraphen setzen indeß eine Gemeinschaft oder eine den Regreß begründende unter mehreren Mitschuldnern bestehende Genossenschaft voraus. Das Nichtvorhandensein dieser Voraussetzungen bei der Solidarverpfändung ist bereits unter I. gezeigt.

Göschel führt a. a. O. S. 453. an: der Zahlende werde durch Befreiung der eigenen Sache von dem darauf haftenden Pfandrecht wegen der an den Gläubiger geleisteten Zahlung befriedigt, erhalte volle Vergütung, und könne nicht noch einmal lukriren. Dieses Argument ist indeß unjuristisch. Die Aufhebung des Pfandrechts hat nicht nothwendig die Aufhebung der sichergestellten Forderung zur Folge (§. 70. I. 20. L. R.). Ueberdies würde das Argument zu viel beweisen, nemlich? daß der Zahlende nach erfolgter Liberation der eigenen Sache auch den Hauptschuldner nicht mehr in Anspruch nehmen könne, was doch wohl nicht behauptet werden soll.

Auch das beneficium cedendarum actionum setzt dem Inhaber der Forderung in der Liberation der eigenen mitverpfändeten Sache keine Schranken. Zwar können die übrigen Pfandeigenthümer auch ihrerseits die Ausübung

Digitized by Google

des Pfandrechts durch freiwillige Zahlung abwenden, *) und alsdann die Abtretung der Forderung nebst Acceſſionen fordern, aber die Verpflichtung des Inhabers der Forderung zu deren weitern Abtretung entſteht erſt mit dem Augenblicke ſeiner vollſtändigen Befriedigung, erſtreckt ſich daher auch nur auf die alsdann noch vorhandenen Acceſſionen, nicht aber auf das bereits früher untergegangene Pfandrecht an der eigenen Sache.

Die nothwendige Ceſſion **) unterſcheidet ſich von der freiwilligen nach §. 376. 442. I. 11. L. R. nur darin, daß die obligatio ad cedendum bei dieſer durch das pactum de cedendo, bei jener kraft des Geſetzes aus der Thatſache der von einem Dritten geleiſteten Zahlung entſteht; ferner darin, daß abweichend von den §§. 420. ꝛc. ib. über die Gewährsleiſtung aufgeſtellten Regeln der Cedent im Fall einer nothwendigen Ceſſion für Richtigkeit und Sicherheit der Forderung nach §. 444. ib. nur bei vorhandenem dolus haftet. Die Vorſchrift des §. 381. ib. wonach die für baares Geld geleiſtete Ceſſion als Kauf ***)

*) Da Gegenſtand der Pfandklage nicht die Verpflichtung des Verklagten zur Zahlung iſt, ſo iſt auch der Einwand des letztern, daß er nur gegen Ceſſion der Forderung zu zahlen ſchuldig ſei, nicht denkbar. Von der Verpflichtung, die Ausübung des Pfandrechts zu dulden, kann ſich der Verklagte dagegen nur durch wirkliche Zahlung befreien. Seine Erklärung, nur unter gewiſſen vom Kläger nicht zugeſtandenen Bedingungen zahlen zu wollen, hindert die Ausübung des Pfandrechts nicht.

**) Im römiſchen Recht waren benef. ced. act, jus offerendi und jus sub intrandi zwar verwandte aber doch für ſich beſtehende Inſtitute, wogegen im Preuß. Recht die darüber gegebenen beſondern Vorſchriften L. R. I. 14 §. 338. seq. I. 20. §. 37. seq. A. G. O. I. 50. §. 161 nur als Anwendungen der im L. R. I. 16. §. 46. seq. I. 11. §. 442. seq. aufgeſtellten allgemeinen Grundſätze erſcheinen.

***) Auch das römiſche Recht betrachtete den durch das benef. ced. act. vermittelten Erwerb der Forderung als Kauf l. 36.

Digitized by Google

anzusehen ist, muß demnach auch auf die nothwendige Cession Anwendung finden; nach den Regeln des Kaufs aber hat der Käufer oder Cessionar nur auf diejenigen Accessionen Anspruch, welche bei Entstehung der obligatio ad tradendum vel cedendum vorhanden waren (§. 78. 81. 194. I. 11. L. R.). Bis zur geleisteten Zahlung oder was rechtlich deren Stelle vertritt, ist sonach der Gläubiger in der Disposition über die Accessionen seiner Forderung durch das benef. ced. act. nicht beschränkt.

Zwar sucht Koch in seiner Schrift „Ist die Hypothek nach Preuß. Recht ein accessorisches oder selbstständiges Recht“ S. 19. Note 9. eine solche frühere Beschränkung nachzuweisen, indem er ausführt, das benef. ced. act. sei schon vor der wirklichen Ausübung ein suspensiv bedingtes Recht, welches den Gläubiger hindere, zum Nachtheile des bedingt Berechtigten etwas vorzunehmen. Allein §. 103. I. 4. L. R., woraus dies hergeleitet wird, spricht nur von solchen bedingten Rechten, die durch Willenserklärung eingeräumt sind, paßt daher nicht auf gesetzliche Befugnisse, welche einer Person unter gewissen noch nicht vollständig eingetretenen factischen Voraussetzungen beigelegt sind. Wollte man auch letztere unter den Begriff der Bedingung im Sinne des allegirten §. 103. bringen, so würde beispielsweise der Usukapions-Besitz ein bedingtes Recht auf den Eigenthumserwerb enthalten, und doch wird Niemand behaupten, daß dieses Recht den Eigenthümer der Sache hindere, etwas vorzunehmen, was die Entsitzung unterbricht.

Nach §§ 331. 332. I. 14. L. R. verliert der Gläu-

D. de fidejuss. (46. 1.) und der Gläubiger war nur gehalten, die Klagen zu cediren, die ihm zur Zeit der Zahlung wirklich zustanden. (Thibaut Pandecten-Recht 6. te Ausg. §. 943.)

Digitized by Google

biger das Klagerecht gegen den Bürgen durch einseitiges Aufgeben einer für die Forderung bestellten anderweitigen Sicherheit. Auch diese Vorschrift ist von mehreren Seiten*) als Ausfluß des benef. ced. act. angesehen, indem man ohne irgend welche nähere Begründung von der Voraussetzung ausgegangen, daß der vom Dritten befriedigte Gläubiger alle zu irgend einer Zeit mit der Forderung verbundenen Accessionen mit abtreten müsse. Die allegirten §§. stehen indeß mit dem benef. ced. act. in keinem Zusammenhange. Es lauten nemlich:

§. 328. Hat der Gläubiger bei Verfolgung der Execution gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen, so fällt ihm der daraus entstehende Schade zur Last.

§. 329. Haben der Gläubiger und Hauptschuldner zum Nachtheil des Bürgen ein geheimes Verständniß unterhalten: so ist jeder von ihnen dem Bürgen zur vollen Entschädigung verpflichtet.

§. 330. Durch die zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner nach vollzogener Bürgschaft errichteten Verträge kann die Verbindlichkeit des Bürgen ohne dessen Einwilligung nicht erschwert werden.

331. Auch kann der Gläubiger während der Bürgschaft der ihm noch außer selbiger von dem Hauptschuldner bestellten Sicherheit ohne Genehmigung des Bürgen sich nicht begeben.

§. 332. Thut er es dennoch, so wird er seines Rechts an den Bürgen verlustig.

§. 333. So weit jedoch der Gläubiger überzeugend nachweisen kann, daß der Bürge durch Aufgebung der an-

---

*) Entscheidung des O. Trib. V. S. 340 — 344. Koch: Beurtheilung S. 388. 389. Bornemann: Civil-Recht III. S. 493. 494. Bielitz Commentar III. S. 483.

Digitized by Google

derweitigen Sicherheit nicht verkürzt worden sei, ist er sich ferner an den Bürgen zu halten wohl befugt.

Hier ist unverkennbar nicht von dem benef. ced. act. oder von Rechten des Bürgen die Rede, welche er erst durch die an den Gläubiger geleistete Zahlung erwirbt — davon handeln erst die §§. 338. seq. —. Die mitgetheilten Stellen enthalten vielmehr eine Kasuistik über den Rechtsgrundsatz, daß das den Bürgen gesetzlich zustehende beneficium ordinis durch absichtliche Veranstaltungen oder fahrlässige Verabsäumung des Gläubigers nicht verkürzt, und auf solche Weise die Verbindlichkeit des Bürgen erschwert werden dürfe.

Die Verbindlichkeit des Bürgen zur Zahlung tritt aber erst dann ein, wenn außer dem Hauptschuldner auch die für die Forderung bestellte Realsicherheit fruchtlos angegriffen ist (§. 292 seq. ib.), und nur eine solche Sicherheit, auf welche der Bürge den Gläubiger zunächst verweisen kann, können die oben mitgetheilten §§. 331. 332. im Sinne haben, wenn sie nicht eine gedanken- und zusammenhangslos eingestreute ganz singuläre Begünstigung des Bürgen enthalten sollen. Eben deshalb geht auch der Gläubiger durch Begebung einer anderweitig durch Bürgen bestellten Sicherheit seines Rechts an den nicht entlassenen Bürgen nach §. 390. ib. *) nicht verlustig.

Der Grund der Befreiung des Bürgen im Falle des §. 332. liegt also nicht in der Verbindlichkeit des Gläubigers, jenem die aufgegebene anderweitige Sicherheit nach erfolgter Zahlung mit abzutreten, sondern darin, daß vor fruchtlosem Angriff jener Sicherheit die Verbindlichkeit

*) Der §. 390. spricht zwar nur von Rechten der Bürgen unter sich und gegen den Entlassenen; davon könnte aber gar nicht mehr die Rede sein, wenn durch Entlassung eines Mitbürgen das Recht des Gläubigers auch gegen die nicht entlassenen aufgehoben würde.

Digitized by Google

des Bürgen zur Zahlung gar nicht existirt. Liegt daher der Fall anders, hat der Bürge dem benef. ord. ausdrücklich oder durch die Formel „als Selbstschuldner“ *) entsagt, so kann er auch aus der Aufhebung der anderweitigen Sicherheit, wodurch seine Verbindlichkeit nicht erschwert wird, nach dem mitgetheilten §. 333. keinen Einwand herleiten.

Durch die geleistete Zahlung, sei sie eine erzwungene oder freiwillig geleistete, kauft auch der Bürge für die Forderung mit denjenigen Accessionen, welche zur Zeit der Zahlung noch vorhanden sind.

Die bisher geltend gemachten Rechtsgründe, welche die durch den zahlenden Pfandeigenthümer bewirkte Liberation der eigenen Sache den übrigen Pfandeigenthümern gegenüber unwirksam machen sollen, erweisen sich somit als unhaltbar. Wer aber der Gesetzgebung einen Vorwurf daraus machen wollte, gegen solche einseitige Liberation keinen Schutz gewährt zu haben, der erwägt nicht, daß die Pfandeigenthümer bei gehöriger Aufmerksamkeit mindestens mit der eintretenden Fälligkeit der Forderung sehr wohl im Stande sind, sich vor den aus solcher Liberation entstehenden Nachtheilen zu schützen. Denn sobald sämmtliche oder mehrere Pfandeigenthümer dem Gläubiger rechtzeitig Zahlung der fällig werdenden Forderung offeriren, und die Cession der Forderung in Anspruch nehmen, so entsteht, weil der Gläubiger nur einmal Zahlung annehmen und nur einmal die Forderung abtreten kann, unter den Offerirenden eine Collision der Rechte, welche in Ermangelung einer Einigung nach Maaßgabe §§. 95 — 98. der Einleitung zum L. R. zum rechtlichen Austrag kommen, und dergestalt entschieden werden wird, daß kein einzelner Pfand-

*) Vergleiche die treffliche Entwickelung der Bedeutung dieser Formel im 21 ten Bande der Entscheidung des Ober-Trib. S. 196. seq.

Digitized by Google

eigenthümer sich zum Nachtheil der übrigen besondere Vortheile verschaffen kann.

Nur die Sorglosigkeit und gänzliche Mittel- und Creditlosigkeit entbehren des gesetzlichen Schutzes, und ihnen diesen im Wege der Gesetzgebung zu gewähren, dürfte denn doch gesetzlos und mißlich sein. Daß in vielen Fällen die natürliche Billigkeit der Einführung einer Gemeinschaft unter den Pfandeigenthümern zur Seite steht, mag nicht in Abrede gestellt werden: die besprochenen, durchdachten Versuche, ihr rechtliche Anerkennung zu verschaffen, sind dafür ein sprechender Beweis. Allein als eine allgemein und in allen Fällen zutreffende kann diese Billigkeit keineswegs anerkannt werden, indem dabei nicht ausschließlich das gleichartige Verhältniß der Pfandeigenthümer zum Gläubiger, sondern außerdem dasjenige Verhältniß in Betracht kommt, in welchem der einzelne Pfandeigenthümer zum Hauptschuldner oder zu seinem Auctor steht: ob er z. B. vom letztern durch Anrechnung eines entsprechenden Theils der Kaufgelder oder auf andere Weise bereits Deckung erhalten hat, oder vielmehr das, was er zur Einlösung des Pfandes hergibt, als wirkliche Vermögenseinbuße erscheint. Es ist leicht möglich, daß unter Berücksichtigung dieses Verhältnisses ein Anderer, z. B. der Verkäufer eines Pfandes als derjenige erscheint, aus dessen Vermögen die Zahlung geleistet ist; dieser aber würde von einer unter den Eigenthümern der Pfänder als solchen bestehenden Gemeinschaft ausgeschlossen sein.

Digitized by Google

XXVIII.

Durch die Emancipation der Juden in Folge des Gesetzes vom 23. Juli 1847., Gesetz vom 6. April 1848. und §. 12. der Verfassung v. 31. Jan. 1850. sind die besonderen auf den Ritualgesetzen beruhenden Erbrechte der Preußischen Juden aufgehoben.

Rechtsfall,
mitgetheilt
von
Sommer.

Die vorliegende Frage ist im Archiv XIV. S. 113. ff. bejaht, XV. S. 304. ff. verneint worden. Sie ist für die unter uns lebenden Trümmer des seiner Zeit die Welt- und Cultur-Geschichte der abendländischen Welt so sehr bestimmenden Volks von der äußersten Wichtigkeit. In dem folgenden Erkenntniß ist sie, wie uns scheint, aus bündigen Gründen bejaht worden. Zur ferneren Instanz geht die inzwischen verglichene Sache nicht.

Im Namen des Königs.

In Sachen des Emanuel Schüler zu Erwitte, als Vertreter seiner Kinder, Klägers

Digitized by Google

wider

die Wittwe Meyer Grüneberg, hierselbst,
den Kaufmann Levi Grüneberg hier,
den Kaufmann Max Grüneberg in Essen,
den Kaufmann Albert Grüneberg in Meschede,
den Joseph Grüneberg in Wesel,

Verklagte

hat das Königliche Kreisgericht zu Arnsberg I. Abtheilung in der Sitzung vom 3. Dezember 1852. an welcher Theil genommen haben:

der Kreisgerichts-Director Rocholl
die Kreisgerichts-Räthe Seibertz und Brefeld

auf Grund der Acten und der mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

1, Daß die Verklagten schuldig, den Klägern den ihnen als an die Stelle ihrer verstorbenen Mutter tretend, gebührenden Pflichttheil von dem Nachlasse des am 16. September 1851. verstorbenen Meyer Grüneberg und zwar zu $^1/_{10}$ des Nachlasses desselben sofort zu entrichten mit den vom Tode des Vaters bis zur Insinuation der Klage gezogenen, und den späterhin wirthschaftlich zu ziehen gewesenen Nutzungen,

2. daß die Verklagten ferner schuldig, den Nachlaß des Meyer Grüneberg vollständig und eidlich zu inventarisiren und in gesetzlicher Weise zum Zwecke der Gewährung des Pflichttheils der Kläger zur Theilung zu bringen.

3. daß aber die Kläger mit ihrem Antrage, die von dem verstorbenen Meyer Grüneberg erhaltenen in separato festzusetzenden Conferenden sich nur zur Hälfte auf den von Verklagten zu gewährenden Pflichttheil anrechnen lassen zu müssen abzuweisen, und

4. daß die Kosten den Klägern mit $^1/_8$ den Verklagten mit $^7/_8$ zur Last zu legen.

Von Rechts Wegen.

Digitized by Google

Gründe.

Die Eheleute Meyer Grüneberg zu Arnsberg errichteten am 19. August 1851. ein gemeinschaftliches Testament, worin sie ihre 4 Söhne zu Erben des gesammten Nachlasses ernannten, dem überlebenden Ehegatten den lebenslänglichen Nießbrauch und die Verwaltung des ganzen Vermögens vorbehielten, und endlich bestimmten:

„die 7 Kinder unserer zu Erwitte verstorbenen Tochter Johanna Grüneberg aus ihrer Ehe mit dem Kaufmann Emanuel Schüler setzen wir zu unsern Pflichttheilserben ein und stellen die Pflichttheilssumme für alle 7 Kinder im Ganzen auf den Betrag von .... Thlr. fest, mit der Bestimmung, daß sie sich hierauf die von ihrer Mutter bereits baar empfangene Geldsumme von .... Thlr. in Abzug bringen lassen müssen. Der Rest bleibende Betrag von .... Thlr. soll verzinslich angelegt und sollen die Zinsen zum Kapital geschlagen werden und zwar bis zur erreichten Großjährigkeit oder etwaigen frühern Verheirathung jedes der einzelnen Minderjährigen."

Am 16. September desselben Jahres starb Meyer Grüneberg und hinterließ seine Ehefrau, sowie die im Testamente bedachten Söhne und Enkel.

Der Vater der Letztern Emanuel Schüler hält seine Kinder aus der Ehe mit der Johanna Grüneberg als Notherben des Meyer Grüneberg durch die angeführten testamentarischen Dispositionen im Pflichttheil verkürzt und klagt in deren Vertretung gegen die Wittwe Grüneberg als Nutznießerin des Nachlasses und die 4 Söhne des Testators auf Pflichttheils-Ergänzung.

Er findet die behauptete Verletzung

1. darin, daß der Pflichttheil vom Vermögen beider Eltern nur zu .... Thlr. festgesetzt ist;

Digitized by Google

2. in der Bestimmung, daß seine Kinder .... Thlr. conferiren sollen, da sie doch soviel nicht erhalten haben, und
3. in dem Umstande, daß diesen resp. ihm selbst die Benutzung des Erbtheils bis zur Großjährigkeit oder Verheirathung entzogen ist.

Zur Begründung dieser Behauptung sucht Kläger anzuführen:

1. die Eheleute Grüneberg haben in getrennten Vermögens-Verhältnissen gelebt. Es müssen deshalb die Ansprüche seiner Kinder an dem Vermögen ihres Großvaters von ihren Rechten auf den dereinstigen Nachlaß der Großmutter wohl auseinander gehalten werden.

   Die letztern seien erst mit dem Ableben der Wittwe Grüneberg in quanto zu bestimmen.

   Die Hinterlassenschaft des Meyer Grüneberg hingegen und folglich auch die Rechte seiner Erben seien durch den Tod des Erblassers ihrem Betrage nach fixirt.

   Es gebühre demnach seinen genannten Kindern gegenwärtig nicht .... Thlr. aus dem Vermögen beider Großeltern, sondern $^1/_{10}$ des Nachlasses ihres Großvaters. Um die Höhe dieses Pflichttheils bestimmen zu können, liege den Verklagten die Aufstellung eines Inventars ob.
2. Kläger bestreitet ferner die Angabe, daß seine Ehefrau Johanna Grüneberg von ihren Eltern bereits .... Thlr erhalten habe, gesteht vielmehr nur eine Aussteuer von .... Thlr., und behauptet, daß diese .... Thlr. als aus dem Vermögen beider Eheleute gegeben, betrachtet werden müssen und folglich hier um die Hälfte zu conferiren seien.
3. Endlich beschwert sich Kläger auf Grund der gesetz-

Digitized by Google

lichen Vorschriften, wonach den blos zum Pflichttheil eingesetzten Erben dieser Pflichttheil nicht belastet werden darf, noch darüber, daß die Vermächtnisse nicht sofort seinen Kindern resp. ihm selbst ausgekehrt werden sollen, und glaubt durch diese Gründe seinen Antrag gerechtfertigt, zu erkennen:

1) daß die Verklagten schuldig, den Klägern den ihnen als an die Stelle ihrer verstorbenen Mutter tretend, gebührenden Pflichttheil am Nachlasse des am 16. September 1851. verstorbenen Meyer Grüneberg und zwar zu $^1/_{10}$ des Nachlasses desselben sofort zu entrichten, mit dem vom Tode des Vaters bis zur Insinuation der Klage gezogenen und den späterhin wirthschaftlich zu ziehen gewesenen Nutzungen,
2) daß die Verklagten ferner schuldig, den Nachlaß des Meyer Grüneberg vollständig und eidlich zu inventarisiren, und in gesetzlicher Weise zum Zwecke der Gewährung des Pflichttheils der Kläger zur Theilung zu bringen;
3) daß die Conferenden der Kläger zu . . . . . Thlr. auf den väterlichen und demnächstigen mütterlichen Nachlaß festzusetzen und dieselben
4) nur schuldig, die Hälfte dieses Betrages auf die jetzt zur Gewährung kommende Pflichttheils-Quote der Kläger vom väterlichen Nachlasse anrechnen zu lassen.

Die Verklagten verabreden principaliter die Notherbenqualität der Kinder des Klägers und finden die Begründung dieser Einrede in dem religiösen Bekenntnisse, dem die Parteien angehören. Diese sind nämlich jüdischen Glaubens. Verklagte behaupten nun, bei der Erbfolge der Juden im Herzogthum Westphalen sei nicht das gemeine Recht, sondern das jüdische Ritualgesetz Norm. Nach die-

Digitized by Google

sem aber würden Töchter in Concurrenz mit Söhnen gänzlich von der Erbschaft in dem elterlichen Nachlaß ausgeschlossen und können nur auf eine Aussteuer vom Vater Anspruch machen. Zum Beweise wird auf die Erkenntnisse des ehemaligen Oberlandesgerichts zu Hamm und Arnsberg vom 18. Dezember 1844. resp. 17. April 1847. (N. Archiv. XIII. S. 217. seq.) sowie auf die Ausführung im N. Archiv XV. Nr. 9. Bezug genommen.

Demnach, fahren Verklagte fort, seien die Rechte der Ehefrau Schüler an das elterliche Vermögen durch den zugestandenen Empfang der Aussteuer erloschen und folglich alle klägerischen Anträge unbegründet. Event. suchen Verklagte den Ungrund einzelner Beschwerden des Klägers darzuthun, namentlich:

1. daß die Bestimmung, wonach die Zinsen des Pflichttheils zum Kapital bis zur Großjährigkeit oder Verheirathung der Erben geschlagen werden sollten, keineswegs eine Belastung des Pflichttheils enthalte, da ja den Berechtigten die vollständigen Nutzungen zu Gute kommen;
2. der Behauptung, daß die Johanna Grüneberg nur .... Thlr erhalten habe, stellen sie eine Quittung über .... Thlr. und eine mit Beweismitteln unterstützte Rechnung über verschiedene gelieferte Sachen und Geldbeträge gegenüber und sind noch der Ansicht, daß der testamentarischen Versicherung Glauben geschenkt werden müsse;
3. endlich bestreiten sie, daß eine Theilung des Conferendi zulässig sei, da das Geleistete als vom Vater herrührend anzusehen sei,

und tragen auf Abweisung an.

Diese Ausführungen des Verklagten sind wiederum von klägerischer Seite in Abrede gestellt, namentlich in Betreff der in Rechnung aufgeführten und von Verklagter zu

Digitized by Google

den Conferenden gerechneten Lieferungen der Einwand der vermutheten Schenkung erhoben und endlich behauptet, daß allerdings das gemeinrechtliche Erbrecht und nicht die jüdischen Ritualgesetze den Grund der Entscheidung abgeben müssen.

Kläger sucht namentlich zu deduziren, daß die Ritualgesetze, wenn sie auch früher Anwendung gefunden hätten, jedenfalls jetzt durch das Emancipationsgesetz vom 23. Juli 1847., die Verordnung vom 6. April 1848. und durch §. 12. der Verfassung vom 31. Januar 1850. vollständig aufgehoben und nicht allein das öffentliche, sondern auch das Privatrecht der Christen den Anhängern der jüdischen Confession mitgetheilt sei.

Offenbar hängt von der Beantwortung dieser Frage principaliter die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ab.

In den allegirten Erkenntnissen der Oberlandesgerichte zu Hamm und Arnsberg ist allerdings in Erbschafts-Angelegenheiten der Juden die Anwendbarkeit des Ritualgesetzes angenommen und der Entscheidung die in der Mendelsohn'schen Sammlung Absch. III. §. 1 und 3. enthaltenen Bestimmungen zu Grunde gelegt, worin der Satz ausgesprochen ist:

> daß die Töchter nicht anders erben, als wenn keine Söhne da sind, daß sie aber in Concurrenz mit Brüdern nur Recht auf eine Aussteuer haben.

Allein ungeachtet der gedachten Entscheidungen möchte doch die Anwendbarkeit dieser Vorschrift in judicando großes Bedenken haben. Die Chur-Cölnische Judenordnung vom 28. Juni 1700., die zufolge des Publications-Patents vom 21. Juni 1825. und der Kabinets-Ordre vom 8. August 1830. als noch geltend betrachtet ist, schreibt C. VI. vor:

> daß die Juden nach denen Gewohnheiten und

Digitized by Google

üblichen Herbringen und in deren Abgang nach dem gemeinen Rechte gerichtet werden sollen.

Es versteht sich aber von selbst, daß in jedem Falle die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechts dargethan werden muß. Die Mendelsohn'sche Sammlung reicht dazu nicht aus. Sie ist bekanntlich ein Auszug aus dem s. g. Schülchen Aruch, einem im 16. Jahrhunderte verfaßten Werke. Gibt man auch zu, daß darin enthalten ist, was damals Gewohnheit und übliches Herbringen unter den Juden war, so ist doch bei der Wandelbarkeit solcher auf Usus gegründeten Rechtssätze der Schluß viel zu gewagt, daß die Vorschriften jenes Werkes auch noch heute als geltendes Recht zu betrachten seien. Außerdem ist die Sammlung von Mendelsohn eine reine Privatarbeit, ohne alle legale Autorität, und, wie in der Einleitung selbst anerkannt wird, als Grundlage der Entscheidung bei Rechtsstreitigkeiten nicht brauchbar. Es ist aber auch in den oben erwähnten Fällen Zeugenbeweis für das Vorhandensein des behaupteten Gewohnheitsrechts angetreten. Die Zeugen haben aber nicht nur nichts für die Existenz desselben bekunden können, sondern haben sogar deponirt, daß ihres Wissens ein derartiger Rechtssatz im Herzogthum Westphalen nie zur Anwendung gekommen, vielmehr die Ansprüche der Töchter stets durch Ehepacten geregelt seien.

Muß nun schon diese Unsicherheit in dem Gewohnheitsrechte den Richter bei Beurtheilung des vorliegenden Rechtsfalles auf das bei Suspension der 3 ersten Titel des II ten Theils des A. L. R. subsidiär geltende gem. Recht hinweisen, so wird die Anwendbarkeit desselben durch die neuere Gesetzgebung außer allen Zweifel gesetzt.

Für die alten Provinzen bestimmte schon das Edikt vom 11. März 1812.

Digitized by Google

§. 1.

Die Juden sollen gleiche bürgerliche Rechte und Freiheiten mit den Christen genießen.

§. 20.

Die privatrechtlichen Verhältnisse der Juden sind nach eben den Gesetzen zu beurtheilen, welche andern Preuß. Staatsbürgern zur Richtschnur dienen.

Dort kann demzufolge die Aufhebung der jüdischen Ritualgesetze und Gewohnheiten in rein civilen Rechtsangelegenheiten keinem Zweifel unterliegen. Diese rechtliche Gleichstellung der Juden mit den Christen hat aber die spätere Gesetzgebung über die ganze Monarchie ausgedehnt. Es verordnet nämlich das Gesetz vom 23. Juli 1847. für sämmtliche Juden, mit Ausschluß der die Provinz Posen bewohnenden.

§. 1.

Unsern jüdischen Unterthanen sollen neben gleichen Pflichten auch gleiche bürgerliche Rechte mit den christlichen Unterthanen zustehen.

Desgleichen macht die Verfassung vom 31. Januar 1850. Art. 12. „den Genuß der bürgerlichen Rechte von dem religiösen Bekenntnisse unabhängig."

Zwar ist hier nicht, wie in dem ersterwähnten Edikte die Aufhebung des specifisch jüdischen Privatrechts mit ausdrücklichen Worten hervorgehoben, allein der ganze Character dieser Legislatur, sowie die Fassung der betreffenden Gesetze selbst berechtigen zu der Annahme, daß der dort gebrauchte Ausdruck „bürgerliche Rechte" auch die Privatrechte umfaßt, daß also von den Ritualgesetzen der Juden nur die Bestimmungen noch Geltung haben, welche mit der Religion und dem kirchlichen Ritus in unmittelbarer Verbindung stehen, daß aber in rein civilrechtlichen Angelegenheiten keine Rücksicht mehr darauf zu nehmen ist.

Offenbar hat unsere Gesetzgebung, den Zeitverhält-

Digitized by Google

nissen Rechnung tragend, in den oben citirten Gesetzen die Tendenz ausgesprochen, bei Zumessung der Rechte der Bürger die Rücksicht auf das religiöse Bekenntniß derselben fallen zu lassen; sie hat das Prinzip aufgestellt, daß die confessionellen Unterschiede die Rechtssphäre der Bürger nicht tangiren dürfen, sie ist vom Standpunkte des religiösen Indifferentismus ausgegangen. Dieser Tendenz der Egalisirung ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit des Glaubens würde es aber direct widersprechen, wenn man den Juden gleiche öffentliche Rechte mit den Christen zugestehen, in privatrechtlichen Verhältnissen aber ihre alten Ritualgesetze und Gewohnheiten in Anwendung bringen und also auf der einen Seite die Gleichstellung aussprechen, auf der andern aber doch aus confessionellen Rücksichten die Geltung eines bedeutenden Theils der für die Christen maaßgebenden Rechtssätze negiren wollte.

Ferner hat die Gesetzgebung, wo anderer Gründe halber eine vollständige Emancipation nicht für zweckmäßig erachtet wurde, wie z. B. bei den Juden in Posen, solche Ausnahmen ausdrücklich bezeichnet. Da nun aber für die diesseitigen Israeliten derartige Ausnahmen nicht statuirt, da diese vielmehr mit denjenigen ihrer Glaubensgenossen, die schon seit 1812. das Privatrecht der Christen theilten, in eine Categorie zusammengefaßt sind und in Betreff ihrer die Vertreter der Krone bei Berathung des Gesetzes von 1847. die Absicht ausdrücklich ausgesprochen haben, das Edict von 1812. auch auf sie auszudehnen, so muß der Interpretation, die den Ausdruck bürgerlicher Rechte im weitern, auch das Privatrecht umfassenden Sinn nimmt, der Vorzug gegeben werden. Für diese Auslegung spricht weiter die Sprache der allegirten Gesetze vom 23. Juli 1847., 6. April 1848. und der Verfassung vom 31. Jan. 1850. Sie stellen bürgerliche Rechte den Staatsbürgerlichen gegenüber, unterscheiden also zwischen beiden. Be-

Digitized by Google

greift man nun unter letztern die Rechtsgrundsätze, welche die Verhältnisse der Bürger zum Staate reguliren (das jus publicum.) so kann man unter bürgerlichem Rechte, da der Ausdruck offenbar nicht im Gegensatze zu dem kirchlichen Rechte im Gesetze gebraucht ist, nur den Theil des Rechts verstehen, der sich auf die Verhältnisse der Bürger zu einander bezieht, das eigentliche Privatrecht. Demnach ist der Ausdruck „bürgerliche Rechte" in der Legislatur in doppelter Bedeutung gebraucht, bald allgemein für publizistische und privatrechtliche, bald im Gegensatze zu erstern für die letztern allein, nie aber blos für das jus publicum.

Hierdurch widerlegt sich der im neuen Archiv Jahrg. XV. S. 307. erhobene Einwand. Es wird dort nämlich bemerkt, der §. 1. des Gesetzes vom 23. Juli 1847. habe in seiner ursprünglichen von den Curien des vereinigten Landtags genehmigten Fassung noch folgenden, das Privatrecht betreffenden Zusatz gehabt:

> und sollen (die Juden) nach den für diese (die Christen) geltenden gesetzlichen Bestimmungen behandelt werden.

Da dieser Zusatz aber später weggelassen und das Gesetz nur einzelne die Privatrechte der Juden betreffende Sätze enthalte, so müsse man daraus folgern, daß es im Uebrigen beim Alten geblieben sei. Nimmt man das bürgerliche Recht in der weitern Bedeutung, so erscheint der angeführte Nachsatz als eine müßige Umschreibung des vorhergehenden Passus, die deshalb füglich wegbleiben konnte. Die im genannten Gesetze enthaltenen privatrechtlichen Vorschriften betreffen theils dem eigentlichen Rechte gar nicht angehörige Angelegenheiten. Z. B. den Nichtgebrauch gewisser Sprachen und Zeichen beim Verkehr, theils wollen sie in Bezug auf die mit dem jüdischen Ritus eng verbundenen und deshalb auch nach den frühern

Digitized by Google

Vorschriften und unter den alten Formen noch abzuleistenden Eiden der Juden jeglichem Mißverständnisse vorbeugen. Auch daraus also läßt sich für die Rechtsbeständigkeit des alten jüdischen Privatrechts nicht folgern.

Außerdem, wenn man auch zugibt, daß die jüdische Religion und ihr Ritus durch die Preußische Gesetzgebung nicht berührt worden, so folgt daraus nicht, daß damit alle mosaische Satzungen auch für die Privatrechte geltend geblieben.

Sie leben unter sich und mit andern nach den Gesetzen des Orts, wo sie sich aufhalten, sie stehen auch unter derselben Vormundschaftsordnung. Ihre Testamente zeigen nichts anders, als daß sie unter den Rechten des Orts leben wollen.

Endlich ist es nicht zu erweisen, daß der in Rede stehende Satz nothwendig mit der jüdischen Religion zusammenhange und deßhalb zu erhalten sei.

Nach dem beim Wegfall des jüdischen Privatrechts hier zur Anwendung zu bringenden gem. Rechte unterliegt es keinem Zweifel, daß die klägerischen Kinder nicht blos Recht auf eine Aussteuer, sondern auf einen Pflichttheil aus dem Vermögen ihres Großvaters haben und bei Verkürzung desselben die actio ad suppled. legit. auf Ergänzung gegen die übrigen Erben zu erheben befugt sind. L. 30. C. III. 28. Nov. 115.

Da außer den ihre Mutter repräsentirenden Kindern des Klägers noch die 4 Söhne des Erblassers pflichttheilsberechtigt sind, so beträgt nach den bekannten gesetzlichen Bestimmungen der Pflichttheil die Hälfte der Intestatportion, also $^1/_{10}$ des ganzen Nachlasses des Meyer Grüneberg. Cfr. Nov. 18. p. C. 1.

Diese Quote mußte ihnen folglich zuerkannt werden und zur Ermittelung desselben den im Besitze der

Digitized by Google

Erbschaft befindlichen Beklagten aufgegeben werden, ein eidlich zu erhärtendes Inventar über dieselbe aufzulegen.

In Betreff der bloßen Pflichttheilserben untersagt das Gesetz jede Belastung, jede Bedingung oder Zeitbestimmung, und erklärt sie, wo sie sich findet, für ungültig und in Bezug auf den Pflichttheil ohne rechtliche Bedeutung:

> Ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.
>
> L. 32. cfr. C. De inoff. test. III. 28.

Dem Testator stand folglich auch nicht die Befugniß zu, die Auszahlung des Pflichttheils an eine gewisse Zeit zu binden und ebensowenig das Recht, die Art der Anlegung desselben vorzuschreiben.

Es ist dies ein Onus, das dem Erben gegen die klaren Worte des Gesetzes auferlegt ist und kann es nicht releviren, ob der Bedachte dadurch vielleicht factisch schadlos bleibt. Wer blos auf den Pflichttheil eingesetzt ist, soll diesen auch sofort, frei und frank erhalten; darum mußte auch die Testaments-Clausel über die Anlegung der einzelnen Erbtheile der Kläger als nicht vorhanden erachtet und auf sofortige Auskehrung erkannt werden.

Was aber die Festsetzung der Conferenden anbelangt, so gehört die Erörterung der Frage, was und wieviel von Seiten der Kläger eingeworfen werden muß, nicht in das gegenwärtige, sondern in das demnächstige Theilungs-Verfahren und war deshalb ad separatum zu verweisen.

Unbegründet aber und zurückzuweisen ist der Antrag, zu erkennen, daß Kläger nur die Hälfte des erhaltenen Betrages bei dem großväterlichen Nachlaß conferiren müssen.

Die Mutter der klägerischen Kinder hat nur eine Aussteuer erhalten. Die Pflicht zur Dotirung der Töchter liegt aber zunächst dem Vater ob, die Mutter ist dazu

Digitized by Google

nur in wichtigen Fällen und aus triftigen Gründen verbunden.

Legibus cautum est, omnino paternum esse officium dotes pro sua dare progenie.

L. 7. C. de dotis promiss. V. 11.

Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili causa vel sege specialiter expressa L. 14. C. de jure dot V. 12.

Folgeweise spricht die Vermuthung dafür, daß der Johanna Grüneberg ihre Aussteuer aus dem Vermögen des Vaters gezahlt ist und also auch bei der Erbtheilung dieses Vermögens conferirt werden muß. Die Behauptung, daß die Mutter zu der Aussteuer aus dem Ihrigen beigetragen, widerstreitet der gesetzlichen Präsumtion und hätte von Klägern der Beweis dafür geführt werden müssen, ein Beweis, der nicht einmal angetreten ist.

Diesen Gründen gemäß mußte das Erkenntniß in erlassener Weise ausfallen und die Kosten nach §. 6. I. 23. A. G. O. wie geschehen vertheilt werden.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

Digitized by Google

XXIX.

Ueber das Verfahren, welches der Hypotheken-Richter bei ungehörigen Eintragungen ins Hypothekenbuch zu beobachten hat.

Erörterung

von

Herrn Kreisgerichts-Rath **Möbius** zu Oppeln.

Dem Hypotheken-Richter ist bei Prüfung von Gesuchen um Eintragungen ins Hypothekenbuch die größte Sorgfalt zur Pflicht gemacht, um zu verhüten, daß nicht gesetzwidrige oder ungültige Rechtsgeschäfte in den Hypothekenbüchern vermerkt oder auch nur Eintragungen auf Grund formell oder materiell mangelhafter Documente veranlaßt werden.

Hypotheken-Ordnung Tit. II. §. 12.
A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §. 429. 430.

Nichts desto weniger werden nach wie vor ungehörige Eintragungen ins Hypothekenbuch vorkommen, welche hätten vermieden werden können. Durch dergleichen Eintragungen wird das Publikum gefährdet, nicht blos weil Jemand im guten Glauben auf das Hypothekenbuch veranlaßt werden kann, auf Rechtsgeschäfte über ein eingetragenes aber gar nicht existirendes Recht sich einzulassen, sondern auch weil, vorausgesetzt, daß der eingetragene An-

Digitized by Google

spruch an sich rechtsbeständig ist, der Fall eintreten kann, daß ein Dritter mit seinem bessern Rechte demjenigen weichen muß, welcher sein Recht von dem eingetragenen, minder berechtigten Inhaber des Anspruchs herleitet.

Der Hypotheken-Richter ist zwar für Fehler bei der Eintragung, welche hätten vermieden werden können, verantwortlich gemacht; dadurch wird jedoch dem Publico in den seltensten Fällen geholfen.

Zur Vorbeugung solcher Nachtheile hat bei den vielen Gerichten sich die Praxis gebildet, daß der bei der Eintragung vorgefallene Fehler, sobald er erkannt ist, in Form einer Protestation im Hypothekenbuche und zwar in derjenigen Rubrik von Amtswegen vermerkt wird, in welcher der Anspruch eingetragen worden ist, wodurch die ungehörige Eintragung zur Kenntniß des Publici gebracht und deshalb vor dem Erwerb des eingetragenen Rechts gewarnt werden soll.

Dieses Verfahren hat das Appellationsgericht zu N. kürzlich in Folge einer Beschwerde über das Kreisgericht zu O, welches einen dergleichen Vermerk ins Hypothekenbuch eingetragen hatte, aus dem Grunde reprobirt:

„weil die Eintragung von dergleichen Vermerken (Protestationen) nur auf Antrag eines Interessenten, und von Amtswegen nur in denjenigen Fällen erfolgen könne, wo die Eintragung einer Protestation ausdrücklich in den Gesetzen bestimmt sei."

und gleichzeitig die Löschung des eingetragenen Vermerks angeordnet.

Es ist jetzt zu prüfen, ob obige Praxis eine gesetzliche Grundlage hat.

Die Eintragung eines in sich unzulässigen Rechtsgeschäfts ins Hypothekenbuch gibt keine Rechte, weder demjenigen, für den die Eintragung erfolgt ist, noch dem dritten

Digitized by Google

Erwerber. Eine solche Eintragung hat überhaupt, den Fall des §. 13. Thl. I. tit. 20. des A. L. R. ausgenommen, keine rechtlichen Folgen.

Durch Eintragung ungültiger Ansprüche wird das Interesse des Publici gefährdet, welches sich bestimmen läßt, einen eingetragenen Anspruch für einen gültigen zu halten und Rechtsgeschäfte über denselben einzugehen. Liegt der Fehler in dem Anspruche selbst und ist derselbe nicht aus dem Instrumente zu erkennen, so ist die mögliche Beeinträchtigung des Publici nicht zu verhüten; ist aber der Fehler aus dem Instrumente ersichtlich, und wird derselbe erst nach der Eintragung entdeckt, so wird der Benachtheiligung des Publici dadurch vorgebeugt, daß man entweder die offenbar unrichtige Eintragung, wie das Ministerial-Rescript v. 12. October 1832. ausführt, von Amtswegen wieder zur Löschung bringt, oder den Fehler im Hypothekenbuche vermerkt, wodurch diejenigen vor dem Erwerb des vermeintlichen Anspruchs gewarnt werden, welche in Rechtsgeschäfte über denselben sich einlassen wollen. Der erste Ausweg ist natürlich nur dann zu wählen, wenn über die Unrichtigkeit der Eintragung kein Zweifel obwaltet und nicht der Fall des §. 13. l. c. vorliegt, in welchem schon die Eintragung eines nicht existirenden Rechts rechtliche Folgen haben kann.

Von diesen Hülfsmitteln Gebrauch zu machen, liegt lediglich im Interesse des Hypotheken-Instituts, welches auf Legalität und Oeffentlichkeit gestützt ist, und des Publici, welches Fehler bei der Eintragung nicht voraussetzt. Nur auf diese Weise ist der Benachtheiligung des Publici und eventuell den verantwortlichen Hypotheken-Richter treffenden Regressen vorzubeugen. Zu den Löschungen ist zwar eine von Amtswegen zu veranlassende Eintragung resp. Löschung zum Zweck der Vorbeugung von Nachtheilen nicht ausdrücklich angeordnet; es bedurfte jedoch einer

solchen Bestimmung nicht, weil die Nothwendigkeit dieser Maaßregel aus dem Prinzipe der Legalität und Oeffentlichkeit des Hypotheken-Wesens folgt. Durch das Hypothekenbuch wird die Existenz eines Hypotheken-Rechts zur Kenntniß des Publici gebracht. Das Letztere kann nur auf demselben Wege unterrichtet werden, daß der eingetragene Anspruch nicht existirt oder daß und welche Bedenken gegen seine Existenz vorliegen. Man kann überhaupt in einem Gesetzbuche nicht darüber Vorschriften voraussetzen, auf welche Weise die Handhaber der Gesetze ihre etwaigen Versehen zu rebressiren haben. Ob ein vom Richter begangenes Versehen rebressirt werden kann und auf welche Weise, ist nur in jedem einzelnen Falle zu beurtheilen.

Es kommen aber auch ungehörige Eintragungen auf Grund an und für sich rechtsbeständiger Geschäfte vor, indem entweder

a. das Instrument, auf Grund dessen die definitive Eintragung erfolgte, formell mangelhaft war, und sich deshalb blos zu einer protestativischen Eintragung eignete, oder

b. das Instrument an einem materiellen Mangel litt, z. B. weil der Titel zum Hypotheken-Rechte fehlte oder in dem Documente, auf Grund dessen der Besitztitel berichtigt wurde, das Uebergebe-Bekenntniß nicht enthalten war.

Die Folgen von ungehörigen Eintragungen in diesen Fällen sind verschiedenartig.

Zur Aufrechthaltung des Legalitätsprincips ist als Regel aufzustellen, daß eine ungehörige Eintragung ins Hypothekenbuch ohne rechtliche Folgen ist. Dieses Prinzip ist §. 436. Thl. I. tit. 20. des A. L. R. enthalten, wo es wörtlich heißt:

„Durch eine gehörig erfolgte Eintragung erlangt

Digitized by Google

der Gläubiger das Recht, sich wegen seiner Forderung zur Verfallzeit an die verpfändete Sache zu halten."

Daraus folgt, daß eine ungehörige Eintragung keine Rechte gibt.

Das im §. 436. l. c. bei Hypothekenrechten in specie ausgesprochene Prinzip findet auf Eintragungen ins Hypothekenbuch überhaupt, namentlich auch auf Eintragungen von Eigenthums-Ansprüchen, Anwendung. Dies ergibt sich unzweifelhaft aus §. 7. seq. Thl. I. lit. 10. und §. 410. Thl. I. tit. 20. des A. L. R., wo von dem Ausnahmsfalle gehandelt wird, in welchem ein zur Ungebühr ins Hypothekenbuch eingetragener Besitzer in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen ausnahmsweise als der Eigenthümer desselben angesehen wird, wobei der Nachdruck nicht auf den Ausdruck „Besitzer" sondern lediglich auf die Bezeichnung „eingetragener", wie aus §. 92. Tit. II. der Hypotheken-Ordnung sich ergibt, zu legen ist.

cfr. Tribunal-Erkenntniß vom 15. Juni 1851. Archiv für Rechtsfälle Bd. III. S. 220. und für die entgegengesetzte Ansicht Kochs A. L. R. Commentar zu §. 7. Thl. I. lit. 10.

Diese Ausnahmen, welche überhaupt auf den lästigen Erwerb von eingetragenen Ansprüchen durch einen redlichen Dritten Anwendung finden,

§. 423. Thl. I. lit. 20. A. L. R.

kräftigen die durch das Legalitätsprinzip gebotene Regel des §. 436. l. c. Die Ausnahmen sind lediglich ein Ausfluß des Publicitätsprincips, zu Gunsten dessen das Legalitätsprincip so weit reservirt werden muß, als die Aufrechthaltung des Publicitäts-Princips es erheischt.

In allen diesen Ausnahmefällen wird durch eine fictio iuris et de iure zu Gunsten desjenigen, welcher im

Digitized by Google

guten Glauben auf das Hypothekenbuch ein lästiges Rechtsgeschäft über einen ins Hypothekenbuch eingetragenen Anspruch oder auf Grund eines solchen eingegangen ist, die ungehörige Eintragung gegen den Grundsatz des §. 101. der Einleitung zum A. L. R. als eine gehörige und dem zufolge beispielsweise derjenige, für welchen der Besitztitel an einem Grundstücke berichtigt ist, als der wahre Eigenthümer desselben und ein nicht vorhandener Titel zum Pfandrecht als vorhanden unter Umständen fingirt.

Wenn hiernach als Princip feststeht, daß durch ungehörige Eintragungen Rechte nicht erlangt werden, so ist möglichst zu verhüten, daß obige fictio iuris et de iure, eintritt, welche, solange das Legalitätsprinzip besteht, als ein nothwendiges Uebel anzusehen ist, als ein Uebel deshalb, weil dadurch besser Berechtigte ihr gutes Recht verlieren können, indem sie unter Umständen dem weniger Berechtigten blos deshalb weichen müssen, weil dessen Recht durch ein Versehen des Richters eingetragen worden ist.

Das Mittel, dies zu verhindern, kann natürlich in diesem Falle nicht in der von Amtswegen zu veranlassenden Löschung des eingetragenen Anspruchs gefunden werden, weil eine dergleiche ungehörige Eintragung bereits zu Gunsten eines dritten redlichen Erwerbers des eingetragenen Anspruchs rechtliche Folgen gehabt haben kann. Es bleibt daher in diesen Fällen als einziges Hülfsmittel der von Amtswegen in das Hypothekenbuch zu setzende Vermerk, welcher den Fehler der Eintragung hervorhebt, und für den dritten Erwerber des eingetragenen Anspruchs die nachtheilige Folge hat, daß zu seinen Gunsten keine Ausnahme von der Regel stattfindet und sein Autor auf ihn nur so viel Rechte überträgt, als er selbst besitzt.

§. 10. und 11. Th I. tit. 10. A. L. R.

Hiernach würde also der Antrag eines Interessenten zu Eintragungen von dergleichen Vermerken nicht erst abzu-

Digitized by Google

warten, vielmehr die Eintragung derselben von Amtswegen gerechtfertigt sein.

Ein dergleicher Antrag von Seiten eines Interessenten setzt übrigens die Kenntnißnahme von der vorgefallenen ungehörigen Eintragung voraus. Die Rechte derjenigen Interessenten, welche von der Eintragung keine Kenntniß erhalten, — des Publikums, welches durch eine unrichtige Eintragung seine wohl erworbenen Rechte verlieren kann — sind unzweifelhaft von Amtswegen wahrzunehmen.

Eine Eintragung einer Protestation von Amtswegen will das Appellationsgericht zu N nur in den Fällen zulassen, wo eine solche ausdrücklich in den Gesetzen vorgeschrieben ist; es sind jedoch die Fälle, in denen die Gesetze die Eintragung von Protestationen ex officio verordnen, ganz anderer Art als die vorliegenden.

Die Protestatio de non amplius intabulando, welche das Appellationsgericht vor Augen gehabt zu haben scheint, deren Eintragung speciell vorgeschrieben ist, wie z. B. in dem Prodigalitätsprocesse nach bescheinigter Prodigalität, betreffen nicht, wie hier, ungehörige, sondern zu Recht geschehene Eintragungen ins Hypothekenbuch. Dergleichen Protestationen mußten, wenn sie ins Hypothekenbuch eingetragen werden sollten, ausdrücklich angeordnet werden, da ihre Nothwendigkeit nicht, wie bei den vorliegenden, aus den Gesetzen selbst gefolgert werden muß.

Digitized by Google

XXX.

Ist einmal ein Wechsel zur Zahlung präsentirt und nicht honorirt, nicht aber ein Protest aufgenommen, so kann dies nicht durch eine neue Vorzeigung mit Protest-Erhebung im Laufe der zweijährigen Frist nachgeholt werden.

Rechtsfall
mittgetheilt
von
Sommer.
(Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 31. 41.)

Die folgende Entscheidung illustrirt den vorstehenden Rechtssatz, und wird der betreffenden Vorsicht empfohlen, den erforderlichen sofortenProtest nicht zu unterlassen.

Im Namen des Königs!

In Wechselsachen des Kaufmanns H. Hoffmann in Bielefeld, Kläger und Appellanten, wider den Kaufmann Wilhelm Nies zu Siegen, Verklagten und Appellaten, hat der Civil-Senat des Königl. Appellationsgerichts zu Arnsberg in seiner Sitzung vom 29. Januar 1853. unter Theilnahme nachstehender Richter: des Appellationsgerichts-

Digitized by Google

Präsidenten Nötel, der Appell. Ger. Räthe v. Bannwarth, Schmidt, Stündeck und Schulz den Akten gemäß für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Königl. Kreisgerichts zu Siegen vom 15. Dezember 1852. lediglich zu bestätigen, Appellant auch die Kosten dieser Instanz zu tragen schuldig.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Der Verklagte hat am 17. Juni 1852. zwei Sichtwechsel über 49 Thlr. resp. 36 Thlr. 7 Sgr. 6 Pfg. an die Ordre des Hauses Nies und Rosenberg auf den Posthalter Guilleaume zu Engelskirchen, ausgestellt; dieselben sind durch Indossament auf den Kläger gekommen, welcher sie weiter girirt, aber mit Protest vom 2. Dezember 1852. zurückerhalten, indem der Bezogene die Honorirung verweigert hat.

Der Kläger hat daher im Wechselprozesse die obigen Beträge mit Zinsen, Provision, Protestkosten und Porto gegen den Verklagten eingeklagt, ist jedoch durch das erste Erkenntniß mit der Klage abgewiesen, und auf die, von ihm dagegen eingelegte Appellation mußte lediglich bestätigt werden.

Der Verklagte hat nämlich ein Schreiben des Klägers an die Handlung Nies und Rosenberg vom 20. Juli 1852. vorgelegt, worin jener der Letzteren anzeigt, daß die beiden hier in Rede stehenden Rimessen, schon damals wegen Mangels Zahlung zurückgekommen sein, und umgehend Deckung verlangt. Dies Schreiben ist klägerischer Seits anerkannt, aber für unerheblich erachtet; gleichwohl wird der Prozeß dadurch entschieden. Wenn die gt. Wechsel wegen Mangels-Zahlung bereits am 20. Juli 1852. an den Kläger zurückgekommen waren, wie nach den Worten des Schrei-

Digitized by Google

benS und mit Rücksicht darauf, daß er umgehend Deckung verlangte, nicht bezweifelt werden kann, so mußten sie dem Bezogenen schon vor dem 20. Juli 1852. zur Zahlung präsentirt sein, nach dem klaren Wortverstande hätte sich dies nicht von einer Remission wegen Mangels Zahlung reden lassen, zumal eine Remission aus diesem Grunde durchaus verschieden von derjenigen ist, welche etwa eintreten konnte, wenn der Bezogene auf vorheriges Anfragen des Wechselinhabers erklärt hatte, daß er die Papiere, sofern ihm solche präsentirt werden sollten, nicht honoriren werde.

Bei der vor oder am 20. Juli 1852. vorgenommenen Präsentation der gt. Wechsel ist nun aber so wenig Protest aufgenommen, als versendet; dies ist vielmehr, wie schon bemerkt, erst am 2. Dezember 1852. geschehen, wo die Wechsel dem Bezogenen zum zweiten Male präsentirt sind. Dieser bei der zweiten Präsentation aufgenommene Protest ist aber so nutzlos als die letztere selbst.

Denn nach Art. 31. der deutschen Allg. Wechselordnung ist ein auf Sicht gestellter Wechsel bei der Präsentation fällig, und muß bei Verlust des wechselmäßigen Anspruches gegen die Indossanten und den Aussteller, binnen 2 Jahren nach der Ausstellung zur Zahlung präsentirt werden.

Im vorliegenden Falle so wie überhaupt konnte die Fälligkeit der Wechsel nur einmal eintreten, und das geschah bei der ersten Präsentation im Juli 1852. Dieselben hätten zwar bis zur Präsentation noch laufen können, da die zweijährige Frist noch nicht verstrichen war. Da aber die Präsentation zur Zahlung schon früher erfolgt und die letztere verweigert war, so mußte nach Art. 41. l. c. zur Erhaltung des aus diesem Grunde statthaften Regresses gegen den Aussteller, sofort mit Aufnahme und Versendung des Protestes verfahren werden. Dies ist aber damals

Digitized by Google

nicht geschehen, und das Versäumte konnte am 2. Dez. 1852. nicht mehr nachgeholt werden.

Aus diesen Gründen war das erste Urtel lediglich zu bestätigen und der Kostenpunkt nach §. 6. Tit. 23. A. G. O. wie geschehen zu bestimmen.

Urkundlich ꝛc ꝛc.

XXXI.

Das Recht auf einen Fußpfad in einer Flur von Privatgrundstücken kann nicht von der Gemeinde klagend verfolgt, sondern nur von der Polizeibehörde geschützt werden.

Rechtsfall,
mitgetheilt
von
Sommer.

Im Namen des Königs!

In Sachen der Frau Hofrath von Bose in Laasphe, Verklagte und Appellantin, wider die Stadt Laasphe, vertreten durch den Magistrat daselbst, Klägerin und Appellatin, hat der Civil-Senat des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg in seiner Sitzung vom 4. Dezbr. 1852, an welcher als Richter die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, Wermuth, Schmidt, Stündeck und Schulz

Digitized by Google

Theil genommen haben, den Acten gemäß, für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Königlichen Kreisgerichts zu Siegen vom 11. Juni 1852 dahin abzuändern, daß Klägerin mit ihrer Klage vom 16. August 1851 abzuweisen, die gerichtlichen Kosten beider Instanzen zur einen Hälfte der Klägerin, zur andern Hälfte der Verklagten aufzuerlegen und die außergerichtlichen zu kompensiren.

V. R. W.

Gründe.

In früherer Zeit führte von dem obern Theil der Stadt Laasphe über das Mühlfeld und den Dörmel ein Fußweg A. B. C. d. h. nach der sogenannten rothen Brücke hin. Als vor 10 Jahren die neue Wittgensteiner Chaussee gebaut wurde, ist zu diesem Behufe eine kleine Strecke des alten Fußwegs bei C. abgegraben und unbrauchbar gemacht. Später kaufte die Verklagte zur Erbauung der sogenannten Emmaburg die Grundstücke auf dem Mühlfelde und legte von der Chaussee aus eine Auffahrt zu ihrem Wohnhause an. Zu diesem Zwecke wurde die kleine Anhöhe, über welche der Fußweg führte, noch weiter abgegraben und hierdurch der Fußweg, an dessen Stelle eine steile zugenannter Auffahrt führende Böschung angelegt ist, gänzlich unbrauchbar gemacht. Später wurden in Folge Drängens der Stadt Laasphe von der Verklagten an die Stelle des alten Fußweges in anderer Richtung mehrere andere Fußwege angelegt und eine Zeitlang vom Publikum benutzt.

Klägerin glaubt, die bei Anlage dieser andern Wege durch die Ungangbarkeit respective Verlegung auf fremden Boden entstehenden Unannehmlichkeiten sich nicht gefallen lassen zu müssen, sondern zur Forderung der Wiederherstellung des alten Fußweges berechtigt zu sein. Sie beruft

Digitized by Google

sich zu dem Ende darauf, daß dieser Weg in einer Breite von 3 Fuß seit unvordenklicher Zeit und jedenfalls über 30 Jahre lang von dem Publikum, namentlich auch von den Bewohnern der Oberstadt ruhig und ungestört begangen und benutzt worden sei und trägt daher darauf an:

Verklagte für schuldig zu erkennen, den früher aus der Oberstadt über das Mühlfeld und den Dörmel nach der rothen Brücke hinführenden Fußweg bei dem Punkte A und von B bis C d. h. in einer Breite von 3 Fuß wieder herzustellen.

Verklagte hat eingewendet, daß der fragliche Fußweg kein eigentlicher Weg gewesen sei, auch nie als solcher unterhalten worden, sondern immer mit den anliegenden Aeckern umgeackert und nur aus Bequemlichkeit einiger Bewohner der Oberstadt immer wieder von Neuem gebahnt worden. Derselbe sei schon durch die zum Bau der Chaussee geschehene Abgrabung gänzlich unbrauchbar und seine Wiederherstellung unmöglich geworden, daher auch bei Anlegung der Auffahrt als nicht mehr existent, gar nicht zu berücksichtigen gewesen. Der Magistrat habe dadurch, daß er die Ausgrabung habe geschehen lassen, diese stillschweigend genehmigt und nachher selbst einen anderen Weg angelegt.

Das Kreisgericht zu Siegen hat hierauf, nach erhobenem Zeugenbeweis, über die von Klägerin angeführten Thatsachen, durch Erkenntniß vom 11. Juni curr. pro petito der Klage erkannt. Durch diese Entscheidung fühlt sich die Verklagte beschwert, und hat daher Appellation eingelegt. Sie führt dabei aus:

1) daß die Klägerin nicht legitimirt sei, da für ein Eigenthum der Gemeinde keine Beweise erbracht, öffentliche Wege aber von der Polizei zu schützen seien, und
2) daß die Stadt Laasphe gegen die Anlegung der

Digitized by Google

Auffahrt nicht proteſtirt, vielmehr dieſelbe habe ſtillſchweigend geſchehen laſſen und hierdurch die Verbauung des Weges in der fraglichen Richtung a b c gebilligt habe.

Dieſe beiden Momente mußten auch als begründet erachtet werden.

Was nämlich den erſten Einwand betrifft, ſo iſt derſelbe begründet, mag der fragliche Weg als ein öffentlicher oder als ein Privatweg betrachtet werden. Wird derſelbe als ein öffentlicher angeſehen, wofür insbeſondere der Umſtand ſpricht, daß er ſtets von dem Publikum benutzt und begangen worden, ſomit ein der Oeffentlichkeit angehöriger iſt, ſo iſt der Rechtsweg unzuläſſig. Denn die nach R. R. bei Störung eines ſolchen öffentlichen Weges gegebene actio popularis findet heutzutag nicht mehr ſtatt. Alle diejenigen Fälle, für welche Popularklagen gegeben waren, ſind nach der jetzigen Staatsverfaſſung ganz aus dem Privatrechte geſchieden. Für Verletzungen ſolcher Sachen, die dem Privatrechte entzogen ſind, iſt das offizielle Einſchreiten Regel. — Dieſe Fälle gehören dem Gebiete der Polizei an und können nur von dieſer geſchützt werden.

Iſt aber der fragliche Weg ein Privatweg, eine der Stadt Laasphe zuſtehende Wegeſervitut, wofür ſich anführen läßt, daß derſelbe nie als Weg unterhalten, ſondern immer mit den Ländereien über die er führt, umgeackert, und nur von einigen Bewohnern der Oberſtadt wieder gebahnt worden iſt, ſo greift der Einwand der mangelnden Legitimation deshalb durch, weil durch eine noch ſo lange Begehung und Benutzung des Fußweges von Seiten mehrerer Bewohner der Stadt Laasphe reſpective des Publikums doch für die Stadt ſelbſt kein Recht erworben werden konnte, da dieſelben nicht die Stadt repräſentirt, und dieſe Beſitzhandlungen nicht in der Abſicht vorgenommen haben, für die Stadt Rechte zu erwerben. Die Stadt Laasphe iſt

Digitized by Google

also in keinem Falle zur Anstellung dieser Klage legitimirt, und es mußte schon wegen dieses Punktes allein das Erkenntniß erster Instanz zu Gunsten der Verklagten reformirt werden.

Allein auch ganz abgesehen von diesem Umstande der mangelnden Legitimation rechtfertigt sich die Abweisung der Klage schon auf Grund des §. 43. Allgemeinen Landrechts I. 22.

Hier heißt es nämlich:

„Außer den allgemeinen Arten, wie Rechte verloren gehen können, erlöschen Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen, welche die Ausübung seines Rechts geradezu unmöglich machen, getroffen werden."

Klägerin hat nun zugestanden, daß sie nicht sogleich bei der Anlage der Auffahrt, sondern erst später Beschwerde erhoben habe. Denn sie sagt:

„Bei und kurze Zeit nach der Anlage der Auffahrt glaubte das Publikum, daß die Auffahrt für die allgemeine Passage offen bleiben würde, weil die Verklagte derselben anfangs durchaus kein Hinderniß in den Weg legte. — Auch war die Auffahrt bequemer, als der frühere Fußweg. Vom Magistrat wurde daher auch erst dann eingeschritten, als die Verklagte die Auffahrt sperren wollte."

Hiernach hat Klägerin den Bau der Auffahrt stillschweigend genehmigt, sie wußte nämlich und mußte wissen, daß die Auffahrt die Ausübung der Wegeservitut unmöglich mache. Dadurch, daß die Stadt Laasphe deßungeachtet die Anlage der Auffahrt ruhig geschehen ließ, hat sie sich ihres Rechtes begeben, und kann daher nicht nachträglich Wiederherstellung des frühern Fußpfades verlangen; viel-

Digitized by Google

mehr müßte sie mit diesem Antrage, wie geschehen, abgewiesen werden.

Der Kostenpunkt regulirt sich nach §. 6. Allgemeine Gerichts-Ordnung I. 23.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

XXXII.

Wenn ein Executor die Auspfändung der Mobilien des Schuldners versäumt und diese nun verbracht worden, kann jener der Regreßklage des Extrahenten nicht entgegensetzen, daß der Gläubiger erst alle gesetzlichen Executionsgrade, namentlich der eidlichen Vermögens-Manifestation und eventuell des Personal-Arrestes, versuchen müsse.

Rechtsfall,
mitgetheilt
von
Sommer.
(A. L. R. II. 10. §. 91.)

Die folgende Entscheidung ist wegen der Willkühr und auf fremde Kosten geübter Barmherzigkeit, welche die Executoren so oft üben, nicht unwichtig.

Digitized by Google

Im Namen des Königs!

In Sachen des Rothgerbers August Fay in Eichen, Klägers und Appellanten, wider den Gerichtsboten Welle in Burbach, Beklagten und Appellaten, hat der Civil-Senat des Königl. Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 21. Januar 1852., an welcher Theil genommen haben: die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, Schmidt, Stündeck, Schulz und Hülsmann für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der ersten Abtheilung des Königl. Kreisgerichts zu Siegen vom 13. Juni 1851. dahin abzuändern, daß der aus der Vorschrift des allgemeinen Landrechts Thl. II. Tit. 10. §. 91. hergeleitete Einwand zu verwerfen, im Uebrigen die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückzuweisen, die Kosten dieser Instanz und des Urtheils erster Instanz jedem Theile zur Hälfte aufzuerlegen, die Entscheidung über die übrigen Kosten dem künftigen Urtheile vorzubehalten.

Gründe.

Kläger hatte wegen einer judikatmäßigen Forderung von 200 Thlr. nebst 5 Prozent Zinsen vom 19. September 1847. gegen den Joh. Georg Betz zu Oberdresselbach Exekution nachgesucht, und die Exekution wiederholt betrieben. Im Laufe des Verfahrens wurde auf Antrag des Klägers durch den jetzigen Verklagten als den Exekutor bei dem Betz ein Pferd mit Geschirr zum Pfande genommen, jedoch nach der Pfändungs-Relation vom 30. Oktb. 1850. nicht ins Pfandhaus gebracht, sondern dem Schuldner Betz belassen. Kläger trug am 7. November 1850. darauf an, die gepfändeten Sachen sofort ins Pfandhaus bringen zu lassen; dieses wurde auch am 8. ejd. verfügt. Der jetzige Verklagte hat aber den Auftrag, die Sachen ins Pfand-

Digitized by Google

haus zu bringen, nicht erledigt, und als dieselben am 26. November durch den Auctions-Kommissar verkauft werden sollten, fanden sie sich nicht mehr vor. Betz gab an, das Pferd ins Nassauische verkauft zu haben. Kläger hat deshalb am 21. Januar 1851. gegen den Beklagten eine Schadensklage eingelegt, und fordert von ihm den Werth des Pferdes mit Geschirr, den er zu 55 Thlr. angibt. Mit dieser Klage ist der Kläger durch das Erkenntniß der ersten Abtheilung des Königl. Kreisgerichts zu Siegen v. 13. Juni 1851. unter Verurtheilung in die Kosten deshalb angebrachtermaßen abgewiesen, weil aus den Prozeß-Akten in Sachen des Klägers wider Betz nicht hervorgehe, auch nicht behauptet worden sei, daß Kläger gegen seinen Schuldner Betz alle gesetzlichen Executionsgrade, namentlich die eidliche Vermögens-Manifestation, eventuell Personal-Arrest beantragt habe, also mit Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen §. 85. Thl. II. Tit. 10. des allgem. Landrechts jedenfalls angebrachtermaßen abzuweisen sei.

Gegen dieses Erkenntniß hat Kläger am 3. Novbr. appellirt. Die Appellation ist am 24. Novbr. eingeführt, am 7. Dezbr. beantwortet Da das Erkenntniß am 29. Septbr. insinuirt worden, so sind die Fristen gewahrt; in der Sache selbst mußte das Erkenntniß, wie geschehen, abgeändert werden.

In der Klage ist ausgeführt, daß der ersten vom Kläger erwirkten Auspfändung eine Intervention entgegengesetzt worden sei, die der Kläger habe anerkennen müssen, daß die Immobilien der Frau des Betz gehörten und derselbe schon damals unpfandbar gewesen sei, nur nachher wieder das Pferd mit Geschirr gekauft habe, welches, das einzige Objekt zur Befriedigung des Klägers, demselben jedoch entzogen sei, weil Beklagter dem Auftrage, das Pferd mit Geschirr ins Pfandhaus zu bringen, kein Genüge geleistet habe.

Digitized by Google

Die beiliegenden Interventions-Akten bewähren auch, daß ein solcher Interventionsanspruch gemacht worden und Kläger denselben anerkannt habe. Der Verkauf der wenigen noch übrig gebliebenen Sachen betrug nur 16 Thlr. 1 Sgr., wovon noch die Kosten abgingen. Die Immobilien stehen nach den beigefügten Grund-Akten auf den Namen der Frau, und als der jetzige Beklagte nach der Relation vom 30. Oktbr. 1850. das Pferd nebst Geschirre zu Pfande aufschrieb, sagte er in der Relation ausdrücklich, daß weitere Pfandobjekte sich bei dem Verklagten nicht mehr vorfänden. Kläger hat also, da er noch ausdrücklich am 7. November 1850. darauf antrug, die gepfändeten Sachen ins Pfandhaus zu bringen, die Exekution gehörig verfolgt, und die gesetzmäßigen Mittel angewendet, aus den zu seiner Befriedigung vorhandenen Gegenständen dieselben zu erhalten, so daß es also nach Lage der Sache dem Beklagten obgelegen hätte, nachzuweisen, daß noch andere Gegenstände der Exekution vorhanden wären. Die einzige Frage könnte also nur noch die sein, ob dem Kläger die Bestimmungen des §. 91. Theil 2. Titel 10. des Allgemeinen Land-Rechts entgegenständen, so lange er nicht die eidliche Vermögens-Manifestation eventuell Personal-Arrest nachgesucht habe. Dieses ist aber zu verneinen, da auch die eidliche Vermögens-Manifestation nur durch Personal-Arrest erzwungen werden kann, beim Personal-Arrest aber der Gläubiger den Schuldner unterhalten, die Alimente vorschießen muß. Selbstredend kann dem Gläubiger zur Begründung einer Regreßklage nicht die Verpflichtung auferlegt werden, denjenigen, wegen dessen er Regreß nehmen will, noch erst eine Zeit lang zu alimentiren. Dieses liegt auch nicht in dem angeführten §. 91. da beides, Arrest und Manifestation, keine Mittel sind, die an sich selbst den Gläubiger zur Befriedigung verhelfen,

Digitized by Google

sondern nur Mittel, um etwa noch Befriedigungsmittel zu entdecken, resp. die Hülfe Anderer anzuregen.

Der §. 91. ist also nicht richtig angewendet, und da der erste Richter nur diesen in geschehener Art dem Kläger entgegengesetzt, im Uebrigen über die Sache selbst nicht entschieden hat, so war dieser Einwand zu verwerfen, und die Sache zur ersten Instanz zurück zu verweisen.

Die Bestimmung des Kostenpunktes rechtfertigt sich nach §. 6. u. ff. Thl. I. Titel 23. der allgemeinen Gerichts-Ordnung.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

Digitized by Google

XXXIII.

Ist der Käufer, wenn vor der Uebergabe Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten zum Vorschein kommen, schuldig, die Uebergabe anzunehmen und einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises gerichtlich niederzulegen?

Rechtsfall und Erörterung

von

Sommer.

(A. L. R. I. 11. §. 208. 209. 210. 215. 221. 222. 223.)

Der §. 221. A. L. R. I. 11. bestimmt: „Gegen Empfang der Sache ist der Käufer das Kaufgeld sofort zu erlegen schuldig, wenn nicht ein Anderes im Vertrage verabredet worden." Der §. 222. fährt fort: „Kommen aber Gewährsmängel, oder Ansprüche eines Dritten an die Sache, vor erfolgter Bezahlung des Kaufgeldes zum Vorschein, so kann der Käufer einen verhältnißmäßigen Theil desselben zurückhalten, und gerichtlich niederlegen." Der §. 223. fährt fort: „Will der Verkäufer sich dieses nicht gefallen lassen, so muß er wegen der bevorstehenden Vertretung, nach richterlichem Ermessen hinlängliche Sicherheit leisten." Koch in seinem vortrefflichen Landr.-Comment. in Anmerkungen S. 652 — 653. berichtet uns, wie das Ober-

Digitized by Google

tribunal in einem uneingetragenen und ungedruckten Präjudiz vom 2. März 1849. in Sachen Menzel gegen Heinrich 885/2733. III, 48. ausgesprochen, daß der Käufer, welcher zufolge des §. 222. Kaufgelder retiniren will, dieselben zu deponiren verpflichtet. Dagegen lautet das jüngere eingetragene Präjudiz 2236. vom 18. Sept. 1850: „Der §. 222. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. spricht nur die Befugniß des Käufers zur Deposition aus, stellt es also in die Willkür des Käufers, ob er wegen Gewährsmängel einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises einfach zurückbehalten, oder, um sich von der Verzinsung desselben und von der Gefahr zu befreien (§. 228. 229. Tit. 16. Thl. I. A. L. R.) zugleich deponiren will.“ Koch bemerkt hingegen, die exceptio doli, bekannt als exceptio imminentis evictionis, falle weg, sobald der Verkäufer seinen guten Willen mit der That zeige, den drohenden Anspruch zu beseitigen und den Käufer wirksam zu schützen, ihm dieserhalb auch hinreichende Sicherheit gebe. Jetzt fehle dem Käufer ein rechtlicher Grund, die Zahlung für die empfangene Sache zu verweigern. Durchaus sachgemäß sei daher die Bestimmung des §. 223., daß der Verkäufer Zahlung fordern könne, wenn er hinlängliche Sicherheit leiste; dem Käufer könne aber kein Gegenstand sicherer sein, als seine eigne Schuld, und es müsse ihm also der Verkäufer seine Kaufgelderforderung selbst, die ihm der Käufer zahlen solle, als Sicherungsmittel anweisen dürfen, somit solche auch ad depositum einziehen lassen können, da der Verkäufer auch einen Anspruch auf Sicherstellung habe. Allein es werden häufig in der praxis zwei wesentlich verschiedene Fälle verwechselt. Hat nämlich 1. der Käufer die Ueberlieferung angenommen, so gilt allerdings alles, was die §§. 222. 223. bestimmen, er kann, wenn Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten an die Sache zum Vorschein kommen, einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises zurückhalten

Digitized by Google

und deponiren, wenn nicht der Verkäufer ihm sofort wegen der bevorstehenden Vertretung nach richterlichem Ermessen hinreichende Sicherheit stellt. Der Käufer hat die Sache in der Hand, ist also insoweit dadurch für die Vertretung sicher, muß aber nun auch umgekehrt bei der Preis-Vorenthaltung wegen Gewährsmängel den Verkäufer sicher stellen. Ganz anders stellt sich aber die Sache, wenn 2. der Käufer die Ueberlieferung wegen vorliegender Gewährmängel nicht annehmen will. Zum Beispiel, der Käufer vernimmt, daß das Eigenthum streitig, oder daß das Gut die zugesicherte Größe nicht hat, oder sonstige Gewährsmängel vorliegen. Wie kann man hier, die Bescheinigung dieser Mängel vorausgesetzt, den Käufer zwingen, eine solche fehlerhafte Sache anzunehmen und dafür den Kaufpreis zu deponiren? Diesen Kaufpreis wird er häufig erst anleihen müssen, und bei den vorhandenen Gewährsmängeln nirgend erlangen können. Es ist allgemeiner Grundsatz, daß, wer die Erfüllung eines Vertragen fordert, nachweisen muß, daß er demselben von seiner Seite ein Genüge geleistet habe, oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei (A. L. R. I. 5. §. 271.). Mit anderen Worten: die Erfüllung muß in der Regel Zug um Zug geschehen. Beim Kaufe ist nach §. 215. I. 11., wenn der Verkäufer bereit ist, die Sache vertragsmäßig zu übergeben, der Käufer sie sofort (versteht sich, daß die bedungene Uebergabezeit da ist) zu übernehmen schuldig. Fehlt aber etwas bei der versuchten Uebergabe, so ist der Käufer die Sache anzunehmen nicht schuldig, bestimmt §. 207. zwar wörtlich nur für den Fall, wo der Verkäufer ein bestimmtes Maaß oder Gewicht bei der Sache zu gewähren sich ausdrücklich verpflichtet hat, in der Sache aber sicher für alle Fälle einer angebotenen unvollständigen Erfüllung. Freilich steht (§. 208.) dem Käufer auch frei, die Nachlieferung des Fehlenden zu verlangen, und er kann (§. 209.), wenn die

Digitized by Google

Nachlieferung noch innerhalb der zur Uebergabe bestimmten Zeit geleistet werden kann, vom Vertrage nicht abgehen. Hat er aber die Sache einmal an- und in seine Verwahrung genommen, so kann er sie aus dem Grunde der nicht vollständig geschehenen Ablieferung nicht zurückgeben, sondern muß mit dem Ersatze des Abganges sich begnügen. (§. 210.). (Ob er durch einen Vorbehalt bei der Annahme der Rücklieferung sich nicht die Befugniß der Rückgabe sichern könne, wird von Koch Not. 53. a. verneint, aber schwerlich mit Grunde, da ein solcher Vorbehalt nirgend verboten ist und der Vorbehaltende alsdann nur in das Rechtsverhältniß eines Depositars tritt). Wie man also den Käufer zur Annahme einer unvollständigen mangelhaften Ueberlieferung zwingen könne, ist überall nicht einzusehen. Nach §. 215. ist, wenn der Verkäufer bereit ist, die Sache vertragsmäßig zu übergeben, der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig, also nicht, wenn sie eben nicht vertragsmäßig übergeben werden soll.

Allem diesemnach dürfte daher das folgende Erkenntniß, was die Bestimmungen der §§. 222. 223. auch auf den Fall der eben wegen feststehender Gewährsmängel verweigerten Ueberlieferungs-Annahme ausdehnt, nicht ganz den Gesetzen entsprechen. Ueberall aber ergibt sich die Nothwendigkeit, bei solchen Verträgen genau zu bestimmen, wie die Erfüllung geschehen solle. So war im vorliegenden Falle bestimmt, daß an Fickler bezahlt werden solle, in der, nur nicht urkundlich niedergelegten Absicht, daß dieser Geschäftsführer des Hypothekengläubigers, aus dem Kaufpreise die eingetragenen Schulden tilgen solle. Es war also die Schwierigkeit der Frage, wer zuerst erfüllen müsse, glücklich umgangen, und nur darin gefehlt, daß es nicht deutlich gnug beurkundet war, dem der Richter nur aus Billigkeitsgefühl durch die, strengrechtlich wohl nicht begründete Anwendung der §§. 222. 223. nachhalf.

Digitized by Google

Im Namen des Königs.

In Sachen des Landwirths Johann Heinrich Stein, Klägers und Appellanten, wider den Jacob Löhr den 1ten beide zu Wilnsdorf, Verkl. und Appellaten, hat der Civil-Senat des Königl. Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 5. Januar 1853., an welcher der Appellationsgerichts-Präsident Nötel, sowie die Appellationsgerichts-Räthe Wermuth, Schmidt, Stündeck und Schulz Theil genommen haben, für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der ersten Abtheilung des Kreisgerichts zu Siegen vom 9. Juli 1852. dahin abzuändern, daß der Verklagte schuldig, die Verkaufspunktation vom 18. Februar 1851. durch Abschließung eines vollständigen Kaufvertrages und Uebernahme des Kaufobjekts zu erfüllen, sowie den Kaufpreis für die angesteigerten Haubergs-Antheile zum Betrage von 492 Thlr. 28 Sgr. gegen Ueberlieferung derselben (soweit diese noch nicht geschehen sein möchte), an den Verwalter Fickler, oder event. ad depositum des Gerichts zu zahlen, die gerichtlichen Kosten des Prozesses jedem der Partheien zur Hälfte aufzuerlegen, die außergerichtlichen zu kompensiren.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Partheien sind darüber einig, daß der Verklagte Haubergs-Antheile vom Kläger zu dem angegebenen Preise gekauft hat; Verklagter will sich aber zu der Vertragspflicht nicht verstehen, wie sie der Klageantrag und jetzt der Tenor des Erkenntnisses formulirt, weil er Gewährsmängel geltend machen könne. Er will deshalb Abweisung der Klage.

Der vorige Richter ist auf die Einrede eingegangen und hat, weil er sich aus dem Hypothekenbuche überzeugt:

Digitized by Google

daß noch eingetragene Schulden auf dem Verkauften haften, in angebrachter Art abgewiesen.

Diese Entscheidung ist mit Recht vom Kläger angegriffen.

Jeder Kauf muß „Zug um Zug" geschehen. (§. 221. I. 11. A. L. R.) Zeigt sich dabei, daß der Verkäufer gegen Vorlegung des Kaufpreises nicht übergeben kann, oder daß er kein freies Eigenthum übergeben kann, so gewährt der §. 222. a. a. O. die Schutzmittel. Er kann einen verhältnißmäßigen Theil zurückhalten, und muß denselben deponiren. Dem ist Verklagter nicht nachgekommen.

Er hat noch kein Kaufgeld angeboten, noch weniger dasselbe deponirt, wiewohl ihm der Kläger den Besitz angeboten und frei gemacht hat.

Die Klage, soweit sie den Verklagten zur Uebernahme der Sache verpflichtet wissen will, ist daher begründet. §. 215. a. a. O. Sie ist auch begründet, in soweit sie Zahlung an den Fickler oder ad depositum fordert, denn hierzu ist Verklagter schuldig (zu dem Einen oder dem Andern), wenn bei der Zahlung an Fickler alle die Gewährsmängel sich zeigen sollten, die Verklagter geltend gemacht hat.

Bei dieser Lage der Sache ist eine Untersuchung darüber: ob der Hauberg in Frage Erblehn sei; ob ein Canon darauf hafte; ob noch ungelöschte Schulden auf dem entsprechenden Folium eingetragen sind, unerheblich.

Alles dieses kann erst zur Sprache gebracht werden, wenn es zur Ausführung des Vertrages kommt, wie sie §. 215. und 222. a. a. O. vorschreibt.

Es wird sich dabei auch zeigen, in wiefern sich im Laufe des Prozesses die Lage der Sache etwa in sofern geändert, daß eine Zahlung an den Fickler nicht mehr erforderlich ist, und in wiefern dann das restringirte Petitum (Verhandlung vom 9. Juni 1852.) Platz greift.

Digitized by Google

Die erfolgte Abänderung bedingt die getroffene Entscheidung hinsichtlich der Kosten.

XXXIV.

Die Frau muß ihrem nach Amerika ausgewanderten Manne folgen, kann eine Ernährung in der Heimath nicht fordern.

Rechtsfall,

mitgetheilt von

Sommer.

(Art. 11. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 L. 11. 12. Dig. 35. 1. L. 5. in fine Dig. 23. 2.)

Das folgende Erkenntniß hat diesen an und für sich selbstverständlich erscheinenden Grundsatz ausgesprochen. Es könnte sich vielleicht fragen, ob die Gesetze des neuen Domicils des Mannes dasselbe verordnen, was, da dies legal das Domicil der Frau sein soll, entscheiden dürfte.

Im Namen des Königs!

In Sachen der Ehefrau Thomas Giebeler, Anne Jakobine geborne Panthöfer zu Tiefenbach, Klägerin und Appellantin, gegen ihren genannten Ehemann, Verklagten und Appellaten,

hat der Civil-Senat des Königlichen Appellations-

Digitized by Google

gerichts zu Arnsberg in der Sitzung v. 11. Dezbr. 1852, an welcher die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, Wermuth, Stündeck, Schmidt und Schulz Theil genommen haben,

für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der ersten Abtheilung des Kreisgerichts zu Siegen vom 16. Juni 1852 zu bestätigen und Appellantin in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Der Verklagte, welcher mit der Klägerin seit 1843 verheirathet ist, und aus der Ehe mit ihr zwei Kinder erzeugt hat, ist vor einigen Jahren nach Amerika ausgewandert, ohne einen Auswanderungskonsens erhalten, und ohne für den Unterhalt der, hier zurückgebliebenen Seinigen, besondere Fürsorge getroffen zu haben. Die Klägerin ist inzwischen im Besitze und Genusse der Immobilien des Verklagten geblieben, und da Letzterer jetzt seinem Bruder Vollmacht zur Veräußerung derselben ertheilt hat, so fürchtet die Klägerin damit zugleich die Mittel zu ihrer Subsistenz zu verlieren, und hat daher klagend darauf angetragen:

den Verklagten zu verurtheilen, den für sie und ihre beiden Kinder erforderlichen Unterhalt zu beschaffen, zu dem Ende die Immobilien desselben mit Arrest zu belegen und die Veräußerung der Grundstücke dem damit beauftragten Bruder des Verklagten, zu untersagen, event. aber den Verklagten zu verurtheilen; ihr die Grundstücke behufs ihres Unterhaltes zu belassen.

Auf den Widerspruch des Verklagten hat das Kreisgericht zu Siegen per sentent. vom 16. Juni 1852 die

Digitized by Google

Klägerin abgewiesen, und auf die von ihr dagegen eingelegte Appellation mußte das erste Erkenntniß lediglich bestätigt werden.

Die Auswanderung ist nach Art. 11. der Verfassungsurkunde v. 31. Januar 1850 nicht mehr beschränkt, und der Verklagte ist noch als Preuße anzusehen, da er so wenig aus dem Unterthanen-Verbande entlassen, als bis jetzt 10 Jahre abwesend gewesen ist.

(Gesetz vom 31. Dezember 1842
Gesetz-Sammlung pro 1843. S. 18.)

Als Preuße kann der Verklagte hier nur nach diesseitigen Gesetzen beurtheilt werden, und nach denselben hat er das Recht zu verlangen, daß ihm die Klägerin, seine Ehefrau, folge; er hat zwar auch die Verpflichtung, Frau und Kinder zu alimentiren, allein er kann nicht gezwungen werden, sich dieser Verbindlichkeit auffer seinem Hause zu unterziehen, wenn er bereit ist, die Seinigen bei sich aufzunehmen; — zu letzterem hat er sich wiederholt bereit erklärt, und wenn ihm die Klägerin nicht folgen will, so kann sie wenigstens nicht verlangen, von ihm in der Fremde alimentirt zu werden. Die Einrede, daß ihr der Verklagte das nöthige Reisegeld nicht gegeben habe, könnte nur in dem Falle von Erheblichkeit sein, wenn sie ihren Entschluß und ihre Bereitwilligkeit, dem Verklagten nach Amerika zu folgen, auf unzweideutige Weise zu erkennen gegeben hätte; — da das aber nicht der Fall ist, kann auf jenen Umstand zur Zeit kein Gewicht gelegt werden.

Da die Frau nach den hier zur Anwendung kommenden Vorschriften des gemeinen Rechts

l. 11, 12. D. 35, 1. l. 5. in fine D. 23, 2.

ihrem Manne sogar in die Verbannung folgen muß, so wird sie sich dieser Verpflichtung auch nicht entziehen können, wo es sich um eine durchaus freiwillige Veränderung des Domicils handelt, wenn man übrigens auch einräumen

Digitized by Google

muß, daß bei Erlaß jener Gesetze noch nicht an Amerika gedacht werden konnte.

Aus diesen Gründen mußte sent. a qua lediglich bestätigt, der Kostenpunkt auch, wie geschehen, nach §. 6. Tit. 23. I. A. G. O. bestimmt werden.

Urkundlich ꝛc.

XXXV.

Die Bestimmung des §. 10. der Verordnung vom 11. März 1850, über die Verhütung eines die gesetzliche Freiheit und Ordnung gefährdenden Mißbrauchs des Versammlungs- und Vereinigungsrechtes: daß kirchliche Prozessionen, Wallfahrten und Bittgänge, wenn sie in der hergebrachten Art Statt finden, einer vorgängigen Genehmigung und selbst einer Anzeige nicht bedürfen — bedeutet in ihrer Anwendung auf Katholiken nur die bei der katholischen Kirche überhaupt hergebrachte Weise solcher Prozessionen. u. s. w.

Rechtsfall,
mitgetheilt von
Sommer.

Das folgende Erkenntniß der Kammer-Gerichts-Abtheilung spricht diesen Grundsatz aus, und wohl mit

Digitized by Google

Recht, da man durch die Verfassung alle Confessionen gleich stellen wollte und das Urrecht der Bürger, Gott nach ihrer Weise zu verehren, nicht erst noch im Einzelnen geschichtlich nachgewiesen haben wollte.

Im Namen des Königs!

Auf den in der Untersuchungssache wider den katholischen Pfarrer Warnatsch von dem Angeklagten eingelegten Rekurs hat die 3te Abtheilung des Criminal-Senats des Königlichen Kammer-Gerichts in der Sitzung vom 13. Febr. 1851., an welcher Theil genommen haben:

Nicolovius, Kammergerichtsrath, Vorsitzender,
Hecker, Kammergerichtsrath,
Stechow, Kammer-Gerichts-Assessor,

für Recht erkannt:

daß, da nach §. 10. der Verordnnng über die Verhütung eines die gesetzliche Freiheit und Ordnung gefährdenden Mißbrauchs des Versammlungs- und Vereinigungsrechts vom 11. März 1850. kirchliche Prozessionen in der hergebrachten Art Statt finden dürfen, ohne daß es dazu einer vorgängigen Genehmigung und selbst einer Anzeige bei der Ortspolizeibehörde bedarf, aus dieser gesetzlichen Statuirung solcher Prozessionen aber von selbst folgt, daß Hemmungen und Sperrungen der Straßen, welche durch dieselben herbeigeführt werden, nicht für unerlaubt und verbotwidrig angesehen werden können, also namentlich auch bei Prozessionen die Verordnung vom 24. Dezember 1829. nicht zur Anwendung kann, und da es auch an jedem Nachweise fehlt, daß die am 2. Juni v. J. in Spandau abgehaltene Prozession nicht in der hergebrachten Art, worunter selbstverständlich nur die bei der katholischen Kirche überhaupt hergebrachte Weise gemeint sein kann, stattgefunden hat, hiernach also der gegen das Strafresolut ein-

Digitized by Google

gelegte Recurs als vollkommen gerechtfertigt erscheint, und der Kostenpunkt aus §§. 178. und 179. sich erledigt, das Erkenntniß des Polizeirichters des Königlichen Kreisgerichts Spandau vom 5. November 1850 dahin abzuändern, daß der Angeklagte der Contravention gegen die Anordnung vom 24. Dezember 1829. nicht schuldig und von der Verpflichtung, die Kosten des Verfahrens und eingelegten Rechtsmittels zu tragen, freizusprechen.

Von Rechts Wegen.

Nicolovius. Hecker. Stechow.

(L. S.) publ. Spandau, den 8. April 1850.

XXXVI.

Bei Feststellung der Pension eines nicht wieder gewählten Bürgermeisters ist die durchschnittliche Einnahme einer nach Erlöschen des Bürgermeister-Amts erlangten Rechts-Anwalt-Stelle in Anrechnung zu bringen.

Rechtsfall,

mitgetheilt von

Sommer.

(Revidirte Städte-Ordnung §. 101.)

Der obige Satz ist in folgender Entscheidung des Appellations-Gerichts zu Arnsberg vom 5. Januar 1853 ausgesprochen.

Digitized by Google

Im Namen des Königs!

In Sachen des Rechts-Anwaltes P. zu G. Klägers und Appellanten, wider die Stadt G. Verklagte und Appellatin,

hat der Civil-Senat des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 5. Januar 1853, an welcher der Appellationsgerichts-Präsident Nötel und die Appellationsgerichts-Räthe Wermuth, Schmidt, Stündeck und Schulz Theil genommen haben,

für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der ersten Abtheilung des Kreisgerichts zu Lippstadt vom 16. Juli 1852 zu bestätigen und Appellant die Kosten dieser Instanz zu tragen schuldig.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Kläger ist als Bürgermeister der verklagten Stadt nicht wieder gewählt, und verlangt daher nach §. 101. der revidirten Städteordnung vom 17. März 1851 eine, dem §. 99. entsprechende Pension. Die Verklagte weigert diese, weil Kläger neben dem Amte eines Bürgermeisters noch eine, seiner ansprechbaren Pension gleichkommende Besoldung von 150 Thlr. aus einem Gemeine-Amte, nämlich als Inspektor der Pflege-Anstalt zu G. bezogen, welche ihm geblieben sei und weil er ein ihm vom Staate angebotenes Amt im Justizdienste nicht angenommen. Endlich habe Kläger auch bald nach seinem Amtsaustritte als Bürgermeister sich als Rechtsanwalt und Notar anstellen lassen, wodurch er in eine Stellung gerathen sei, welche nach §. 101. a. a. O. die Stadt G. der Pensionspflicht enthebe.

Digitized by Google

Der erste Richter hielt die aus der Rechtsanwaltschaft entnommene Einrede für begründet und erkannte dem Kläger nur bis zum Zeitpunkte seiner Anstellung als Rechtsanwalt ꝛc. eine entsprechende Pension zu, wies ihn im Uebrigen noch zur Zeit ab.

Kläger hat hiergegen mit Wiederholung seiner Berufung auf §. 101. der Städteordnung appellirt.

Er lautet:

> Die Pensionen fallen ganz oder zum Theile weg oder ruhen, wenn der Pensionirte ein anderes Staats- oder Gemeine-Amt, welches ihn für sein Diensteinkommen ganz oder unter Zulegung eines Theils der Pension entschädigt annimmt.

Da beide Theile darüber einig sind, daß Kläger als Rechtsanwalt und Notar jährlich pp. 300 Thlr. verdient, so kann nur die Frage sein:

> ob die Rechtsanwaltschaft ꝛc. ein solches Staatsamt ist, welches §. 101. a. a. O. im Auge hat?

Die Frage muß mit den vorigen Richtern affirmirt werden.

Daß die Rechtsanwaltschaft ein Staatsamt ist, ist unbedenklich. Sie bedürfen einer Prüfung — §. 12. III. 7. Ger. O. — werden durch ein Patent zu dem Amte berufen — §. 15. — und leisten auch dem Könige und dem Staate gegenüber einen Amtseid. — §. 118.

Das Amt gibt nun dem Rechtsanwalte nicht unmittelbar einen Anspruch auf Gehalt, es hängt vielmehr von Umständen ab, die außer der Sphäre seiner Willkühr liegen, ob sein Amt Einkommen bringt oder nicht. Allein eine Stellung, mit welcher der unmittelbare Gewinn eines Gehalts oder die Aussicht auf eine Pension verbunden ist, erfordert die Bestimmung des §. 101. auch nicht. Es reicht hin, wenn der Staat oder die Gemeine dem Betreffenden nur eine Stellung und zwar dauernde einräumt, die es

Digitized by Google

nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge dem gewesenen Bürgermeister möglich macht, mit Anwendung der Kräfte, welche seine Dienstleistung als Bürgermeister erforderte, eine gleiche Einnahme zu erzielen. Entspricht die Einnahme des neuen Amtes, ohne Schuld des Beamteten den Erwartungen nicht, wirft es nicht eine, dem Bürgermeister-Gehalte entsprechende Einnahme ab, so muß freilich die Gemeine das Fehlende ersetzen. Sie muß, wie der §. 101. a. a. O. sagt: „zulegen".

Wenn der vorige Richter daher den Kläger zur Zeit abweist, also bis dahin, daß er nachweist, sein neues Amt habe keine 300 Thaler in einem Jahre eingebracht, so erscheint diese Entscheidung den Verhältnissen entsprechend.

Es kommt hiernach auf die sonstigen Einreden der Verklagten oder was sonst noch an- und ausgeführt ist, nicht an.

Die Verurtheilung in die Kosten ist Folge der Bestätigung.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

Man könnte gegen diese Entscheidung anführen, was im 11ten Bande der Entscheidungen Seite 366. bemerkt ist: „Das Amt eines Justiz-Commissarius aber ist kein — unmittelbares — mit einem Gehalte verbundenes Staatsamt, und so wie deßwegen Justiz-Commissarien als solche keinen Anspruch auf Pension haben, ist ihr Amt auch nicht als ein solches zu betrachten, das den Bezug einer für Communaldienste zu gewährenden Pension alterirt." Im Falle jener Entscheidung hat dieser Grund aber doch wohl nicht als durchaus ausreichend geschienen, da sofort weiter bemerkt wird: „Es kommt hier aber noch hinzu, daß der Kläger das Amt eines Justiz-Commissarius nicht erst nach seiner Pensionirung angenommen hat; er verwaltete es

Digitized by Google

vielmehr seit dem Jahre 1824., und hat diese Function während seiner Dienstzeit als Bürgermeister, auch in den letzten Jahren bis zu seiner Pensionirung, angenommen hat; er verwaltete es vielmehr seit dem Jahre 1824., und hat diese Function während seiner Dienstzeit als Bürgermeister, auch in den letzten Jahren bis zu seiner Pensionirung, wenn gleich mit der ihm aus anderen Gründen auferlegten Beschränkung ausgeübt, nicht für oder gegen die Mitglieder der Stadtgemeine aufzutreten. Die Verklagten können daher hiervon aber so wenig einen Grund entnehmen, dem Kläger die jetzt von dem Reste seines städtischen Einkommens geforderte Pension zu verweigern, als sie dies bei Gewährung der Pension von seinem festen Gehalte der 300 Thlr. geltend gemacht haben." Man erkennt leicht, daß bei diesem Erkenntnisse die Stadt mit ihrem Einwande von den einzelnen Votanten aus verschiedenen Gründen abgewiesen ward; der eine Rath hielt das Rechts-Anwalts-Amt überhaupt für unerheblich bei der Bürgermeister-Pensions-Frage; der andere aber — was allerdings unwidersprechlich war — darum, weil der Rechts-Anwalt dieses Amt ja schon in Verbindung mit dem Bürgermeister-Amte gehabt, und die Differenz zwischen der durch die verbotene praxis für oder gegen die Bürger verminderten Rechts-Anwalts-Einnahme gegen die spätere keiner genauen Berechnung fähig war; der Referent mußte nun den — wie das nicht selten — aus verschiedenen widersprechenden Gründen hervorgegangenen Tenor so gut begründen, als er konnte! In einer anderen Stelle der Entscheidungen Bd. X. S. 139. ward von den Rechts-Anwälten ausgesprochen: „Es ist nicht zu läugnen, daß die Justiz-Commissarien zu den Beamten des Staats — zu den Justizbedienten — gehören, die zur Förderung der Rechtspflege bestellt werden; (§. 3. Tit. 7. Thl. III. der A. G. O.) ihr Amt besteht darin, daß sie dem Publikum mit ihrer

Digitized by Google

Rechtskenntniß bereitwillige Dienste leisten sollen, ib. und §. 25. daselbst, insbesondere als Bevollmächtigte in Prozessen, was eine ihrer Hauptfunctionen ist (ib. §. 17. ad III.). Wie nun das Publikum — d. h. jedweder aus der Gesammtheit — ihnen den Betrieb seiner Rechtshändel aufträgt, so stehen sie zu demselben, als dem Auftragenden, in dem Privatverhältniß des Vollmachtsvertrages. Ihre Rechte und Pflichten können nur aus diesem Privat-Rechtsverhältnisse erklärt werden, zu welchem sie durch ihr Amt, durch die Bestellung des Staats ermächtigt werden, nachdem sie dem Staate ihre Qualifikation nachgewiesen haben. Die Verleihung des Amts seitens des Staats bestimmt ihren Stand; die Ausübung des Amts, die Besorgung des vom Publiko ihnen aufgetragenen Geschäfts — des Prozeßmandats — fällt in die Sphäre des Gewerbebetriebs und bestimmt ihr Privatverhältniß zum Publikum. Sie gehören zu den Personen, die zur Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellt sind, von welchen der Titel vom Vollmachtsauftrage §. 13. 19. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R. ausdrücklich spricht, und die er also den nämlichen Grundsätzen unterwirft. In ihrer Person vereinigt sich der Stand des öffentlichen Beamten mit der Privatdienstleistung dem Publikum gegenüber, welche letztere, als das wesentliche, vorzugsweise in Betrachtung kommen muß, wenn die Frage entsteht, welche Verpflichtungen dem Justizcommissarius, als Bevollmächtigten, rücksichtlich der Manual-Akten gegen die beauftragende Partei obliegen.' In dem hier entschiedenen Falle hatte nämlich der Justiz-Commissarius D. als Bevollmächtigter der Wittwe J. für diese einen Prozeß geführt. Längere Zeit nach dessen Beendigung hatte sich ein Dritter E. in den Besitz der bis dahin bei dem D. befindlich gewesenen Manual-Akten zu setzen gewußt, und dieselben der Wittwe J. zugestellt. D. war wegen seiner Gebühren befriedigt, klagte nun dennoch

Digitized by Google

gegen jenen Dritten E. auf Zurückgabe der Manual-Akten als seines Eigenthums, mit der Behauptung, daß derselbe sich auf eine ungesetzliche Art in deren Besitz gesetzt habe. Dies letztere bestritt Verklagter, und erklärte sich übrigens außer Stande, die fraglichen Manual-Akten zurückzugeben, da die Wittwe J. sich in deren Besitze befinde, und ihrer Seits zur Rückgabe nicht verpflichtet sei. Es spricht sich hiernach von selbst aus, daß in dieser Sache das Vollmachtsverhältniß in den Vordergrund treten, der Rechts-Anwalt also mit der Vindication der Manual-Akten, welche an seine Parthei, die Eigenthümerin derselben gekommen waren, abgewiesen werden mußte. Es folgt daraus aber nicht, daß das Rechts-Anwalts-Amt nicht als ein Staats-Amt, seine Erträgnisse also nicht als Amts-Einnahme zu betrachten, und es erscheint daher auch die oben mitgetheilte Entscheidung gerechtfertigt.

Digitized by Google

XXXVII.

Kann eine, mit ihrem Ehemanne in der im Hochstift Münster geltenden allgemeinen Gütergemeinschaft lebende Ehefrau ohne Beitritt ihres Mannes gültig in Prozessen über das gemeinschaftliche Vermögen auftreten?

Erörterung

von

Herrn Rechts-Anwalt **Schlüter** in Heiligenstadt.

Diese Frage ist verschiedene Male bei einzelnen Gerichten des jetzigen App. Ger. Bezirks Münster zur Sprache gebracht und stets verneinend beantwortet. Auch das Appellationsgericht zu Münster hat sich dieser Ansicht angeschlossen. Mir liegt ein Erkenntniß zweiter Instanz von diesem Gerichtshofe vor, in welchem die Appellation für desert erklärt ist, weil die Appellations-Anmeldungs- und die spätere Rechtfertigungsschrift nur von der sich beschwert fühlenden Ehefrau und nicht zugleich auch von deren Manne unterschrieben waren. Der Gerichtshof begründete sein Urtel dadurch, daß nach §. 16. Thl. I. tit. 1. der Allg. Ger. Ordnung Ehefrauen der Regel nach ohne Beitritt ihrer Ehemänner vor Gericht nicht erscheinen dürfen und daß diese Bestimmung, unter Beseitigung aller etwa entgegenstehenden älteren und provinziellen Vorschriften, durch §. 17. des Patentes vom 9. Sep-

Digitized by Google

tember 1814. auch für das ehemalige Hochstift Münster eingeführt sei.

Wiewohl nicht bestritten werden soll, daß alle früheren Prozeßvorschriften durch die Preußischen Gesetzbücher für das Hochstift Münster aufgehoben sind und daß die Allg. Gerichts-Ordnung eben die neuen Prozeßvorschriften enthält, so ist doch andrerseits auch nicht zu leugnen, daß in der A. G. O. viele Bestimmungen materieller Natur enthalten sind und daß alle Grundsätze über das ius standi in iudicio aus dem materiellen Rechte herfließen. Auch bei der Frage über die Befugniß der Ehefrauen zum Prozeßführen muß daher auf die materiellen Bestimmungen zurückgegangen werden.

Das Landrecht stellt in Beziehung auf eheliche Vermögensverhältnisse das Dotalrecht als Regel hin. Die Ehefrau ist und bleibt Eigenthümerin des ihrem Manne in die Ehe Zugebrachten und des während der Ehe durch Erbschaften, Geschenke oder Glücksfälle Erworbenen. Der Mann wird nur Verwalter (§. 205. II. 1. A. L. R.) und Nießbraucher (§. 231. l. c.) des Vermögens seiner Frau. Als solcher hat er freie Verfügung über die Nutzungen, und daß ihm ein Gleiches in Bezug auf die Mobilien gesetzlich eingeräumt ist (§. 248. l. c.) liegt, so weit dieselben verbrauchbar sind, in der Natur des Nießbrauches an sich (§. 173. I. 21. A. L. R.) im Uebrigen aber in den Verhältnissen des häuslichen Lebens und ist durch die Verordnung vom 7. April 1838. in die gehörigen Schranken gebracht. Ueber die Substanz des eingebrachten Vermögens kann zwar der Ehemann eben so gut Prozesse führen, wie jeder andere Nießbraucher (§§. 82. ff. I. 21. A. L. R.) allein die Ehefrau behält als Eigenthümerin bei allen Verhandlungen über diese Substanz stets eine entscheidende Stimme, kann auch in bestimmten Fällen Sicherstellung (§§. 254. und 255. II. 1. A. L. R.) und gar eigene Verwaltung (§§. 261. ff. l. c.) beanspruchen. Daß der Ehemann mit zugezogen wird, folgt aus seinem Interesse als Nießbraucher. Sobald er dieses Interesse nicht geltend machen und

Digitized by Google

sich um Prozesse über die Vermögenssubstanz nicht bekümmern will oder ein Interesse für ihn nicht vorhanden ist, gestattet auch die Gerichtsordnung der Ehefrau allein aufzutreten; in jenem Falle, wenn die Ehefrau die sonst dem Manne zur Last fallenden Prozeßkosten übernehmen will (§. 21. I. 1. A. G. O.) in diesen, wenn es sich um vorbehaltenes Vermögen der Frau handelt, unbedingt (§. 18. l. c.).

Der von der Gerichtsordnung der Regel nach verlangte Beitritt des Ehemannes zu den Prozeßhandlungen seiner Ehefrau entspringt daher nicht aus einem maritalischen Mundium, nicht aus persönlichen Rechtsverhältnissen der Frau, sondern lediglich aus ihren vermögensrechtlichen Beziehungen zum Manne. Diese sind nun aber nach dem münsterschen Provinzialrechte von den landrechtlichen gänzlich abweichend.

Zufolge alter, im s. g. Münsterlande allgemein anerkannter, durch die „Polizei-Ordnung der Haupt- und Residenz-Stadt Münster in Westphalen" vom 22. Februar 1742. caput. V. adiectum II. de 1607. sanktionirter und in das, vom Geh. Rath Schlüter gesammelte Provinzialrecht des Fürstenthums Münster aufgenommener Gewohnheit besteht zwischen den Eheleuten im ehemaligen Hochstift Münster allgemeine Gütergemeinschaft. Die beiderseits in die Ehe gebrachten Güter sowohl, als die während der Ehe erworbenen und ererbten werden Gesammteigenthum der beiden Eheleute von erfolgter Vollziehung der Ehe an; jeder der beiden Ehegatten kann darüber, ohne Mitwirkung des andern, gültig unter Lebendigen verfügen. In der Praxis sind darüber niemals Zweifel aufgetaucht, daß namentlich die münstersche Ehefrau Gegenstände des gemeinschaftlichen Ehevermögens gültig zu veräußern befugt sei, ohne sich des Beitrittes ihres Ehemannes zu versehen; daß sie überhaupt vermehren und vermindern darf, so viel ihr beliebt, wenn nicht etwa wegen Verschwendung ein gerichtliches Inhibitorium gegen sie ausgewirkt ist. Dieses unumschränkte Verwaltungsrecht muß auch die Befugniß involviren, selbstständig Prozesse zu führen, welche das

Digitized by Google

gemeinschaftliche Ehevermögen betreffen; auch nach preußischem Prozeßrechte muß eine mit so ausgedehnten Verwaltungsrechten bedachte Ehefrau zur Prozeßführung ohne ihren Ehemann befugt sein, weil die Ger. Ord. selbst verfügt (§. 1. Thl. I. Titel 1.) daß jeder, (ohne Rücksicht auf das Geschlecht) welcher den Gesetzen nach — und in Betreff der Bestimmungen über Gütergemeinschaft gehen die provinzialrechtlichen Dispositionen den landrechtlichen vor — sich und seinem eigenen Vermögen vorzustehen fähig ist, sein Recht durch Bestellung einer gerichtlichen Klage verfolgen, also auch durch Aufnahme eines Prozesses schützen kann.

Es bedarf wol nicht der Bemerkung, daß bei vorstehender Erörterung überall die großjährige Frau in's Auge gefaßt ist; die Minderjährigkeit und etwaige Bevormundung bedingen natürlich andre Rechtsverhältnisse.

XXXVIII.

Welche Alimentenpreis-Verhältnisse entscheiden bei einer Verschiedenheit des Orts der Schwängerung und Geburt?

Rechtsfall mit Bemerkungen
von
Herrn Rechts-Anwalt **Schlüter** in Heiligenstadt.

Die unverehelichte K. hat zu Berlin am 23. Februar 1848. außerehelich ein Kind geboren und als Vater desselben den Grenzaufseher R. in Anspruch genommen, mit welchem sie während der Zeit vom 15. Mai bis 29. Juli 1847. den Beischlaf in Sangerhausen und Umgegend vollzogen hat. Die Geschwächte verlangte außer der, ihr vom Schwängerer zugestandenen, persönlichen Abfindung in Gemeinschaft mit dem Vormunde ihres Kin-

Digitized by Google

des die Alimentirung des Letzteren mit monatlich 20 Sgr. bis zum 1. August 1851., bis wohin der Verklagte als Unteroffizier in Militairverhältnissen gestanden hatte, und mit 3 Thlr. monatlich für die weitere Lebenszeit des Kindes bis zu dessen vollendetem 14. Lebensjahre. Der Verklagte wollte dagegen für den letztgedachten Zeitraum nur 16 Thlr. jährlich zugestehen.

Das Königl. Kreisgericht zu Heiligenstadt erkannte hierauf für Recht, daß der Verklagte für die Zeit vom 23. Februar 1848. bis 23. August 1851. monatlich 20 Sgr. und von da ab bis zum zurückgelegten 14ten Lebensjahre des Kindes jährlich, in vierteljährlich praenumerando zu entrichtenden Raten, 16 Thlr. an Alimenten zu zahlen verpflichtet sei. In den

Gründen

heißt es: Es fragt sich nur noch, ob der Verklagte nach der Militärzeit monatlich 3 Thlr. oder jährlich 16 Thlr. Alimente zu entrichten verbunden ist? Dabei erscheint es aber unerheblich, daß, wie Kläger behaupten, die Alimente eines Kindes in Berlin monatlich 3 Thlr. betragen, indem der Verklagte nach §. 262. Tit. 2. Thl. II. des Allg. Land-Rechts nur das, was Leuten vom Bauer- oder gemeinen Bürgerstande die Erziehung eines ehelichen Kindes nebst dem Schul- und Lehrgeld kosten würde, zu entrichten verbunden ist, dabei aber, da der ganze Anspruch nur aus einer unerlaubten Handlung hergeleitet werden kann, nur der Ort, wo sie verübt ist, in Betracht kommen darf, der Betrag von 16 Thlr., zu dessen Entrichtung der Verklagte sich bereit erklärt hat, aber angemessen erscheint. Ohnehin haben die Kläger nicht behauptet und dargethan, daß zu Sangerhausen die Alimentationskosten sich höher belaufen. Dieselben mußten daher mit der Mehrforderung abgewiesen werden.

Die Kläger appellirten, weil die geringeren Alimente von 20 Sgr. pro Monat noch über die Militärzeit hinaus ohne weitere Begründung festgesetzt und die geforderten hohen Alimentensätze von 3 Thlr monatlich auf 16 Thlr. jährlich herabgesetzt waren.

Digitized by Google

Das Königl. Appellationsgericht zu Halberstadt änderte auf die erste Beschwerde ab und verurtheilte den Verklagten, die höheren Alimente bereits vom 1. August 1851. an zu entrichten, hielt aber als Maaß dieser höheren Alimente gleichfalls 16 Thlr. jährlich für angemessen. Die

Gründe

besagen wörtlich Folgendes: Was nun zuvörderst die Beschwerde der Kläger über den Zeitpunkt, von welchem ab dem Kinde die höheren Alimente zuerkannt worden sind, — anbetrifft, so mußte diese für begründet erachtet werden.

Denn das nach §. 83. des Anhangs zum Allgemeinen Landrecht den Soldaten zustehende Privilegium ist stricte zu interpretiren und daher auf die Dauer des Militärverhältnisses zu beschränken.

Der Verklagte ist nun, wie er selbst zugestanden hat, am 1. August 1851. von dem Militär entlassen und mithin verpflichtet, von diesem Tage Alimente nach dem für andere Personen geltenden höhern Maßstabe zu entrichten.

Der Einwand, daß die letzte Rate der Alimente für die Zeit vom 23. Mai bis 23. August 1851. schon am 23. Mai fällig gewesen und eine, innerhalb dieses Zeitraums eintretende Veränderung darauf einflußlos sei, kann im vorliegenden Falle keine Berücksichtigung verdienen, da es sich nicht um laufende, sondern um rückständige Alimente handelt, die erst durch Erkenntniß festgestellt werden sollen und auf welche daher selbstredend der angeführte Rechtssatz keine Anwendung finden kann.

Dagegen ist die Beschwerde der Kläger über die Höhe der Alimente vom 1. August 1851. ab durchaus unbegründet.

Nach §. 626. Thl. II. Tit. 2. des Allgemeinen Landrechts soll der außereheliche Vater an Alimenten nur so viel zahlen, als Leuten vom Bauern- und gemeinen Bürgerstandes die Erziehung eines ehelichen Kindes inclusive Schul- und Lehrgeld kosten würde.

Digitized by Google

Dabei soll nach §. 627. loco citato auf die jeden Orts gewöhnlichen Preise und auf die mit den zunehmenden Jahren wachsenden Bedürfnisse des Kindes Rücksicht genommen werden.

Es entsteht nun hier die Frage, welcher Ort hierunter zu verstehen sei, wenn namentlich, wie im vorliegenden Falle, der Ort der Schwängerung und der der Geburt und des Aufenthalts des Kindes verschieden sind?

Der erste Richter hat sich für den Ort der Schwängerung entschieden und dieser Entscheidung mußte auch beigepflichtet werden, wenn auch aus andern Gründen als denen des ersten Richters.

Derselbe nimmt nämlich an, daß der ganze Anspruch auf Alimente nur aus einer unerlaubten Handlung hergeleitet werden könne und daher in Betreff der Folgen derselben nur der Ort, wo sie verübt sei, in Betracht komme.

Diese Annahme ist aber um deshalb nicht richtig, weil das Allgemeine Land-Recht den unehelichen Beischlaf nicht als eine unerlaubte Handlung betrachtet wissen will, sondern die Alimentationsverbindlichkeit des Schwängerers ausschließlich auf die Vaterschaft gründet.

§§. 612. seq. Thl. II. Tit. 2. des Allg. Landrechts.

Dagegen muß als unzweifelhaft angenommen werden, daß die den Schwängerer verbindende Handlung der Akt des Beischlafs ist

§§. 1019. seq. Thl. II. Tit. 1.
§§. 10 und 11. Thl. II. Tit. 18.
§. 962. Thl. II. Tit. 18.
§§. 10. seq. Thl. I. Tit. 1.
§. 371. Thl. I. Tit. 9.

des Allgemeinen Landrechts.

Mit Vollziehung des Beischlafs werden also die Verbindlichkeiten des Schwängerers schon existent, während die Geltendmachung derselben durch die nachfolgende Geburt des Kindes bedingt wird.

Hieraus folgt nun aber von selbst, daß bei der Beurthei-

Digitized by Google

lung der aus dem stattgefundenen Beischlafe entstandenen rechtlichen Folgen zunächst auf den Ort, wo derselbe vollzogen ist, gesehen werden muß und daß demnächst sich auch die Höhe der Alimente nach dem Orte der Schwängerung bestimmt.

Dieser ist nun im vorliegenden Falle unbestritten Sangerhausen.

Für die Verhältnisse und Preise dieser Stadt ist aber der von dem ersten Richter angenommene jährliche Betrag von 16 Thlr. Alimente völlig angemessen.

Wollte man dagegen mit den Klägern den Ort der Geburt oder den Ort, wo das Kind erzogen wird, als maßgebend annehmen, so würde dadurch der Geschwächten die Befugniß eingeräumt werden, die Höhe der Alimente nach ihrer Willkühr zu bestimmen, indem sie dann ihre Niederkunft nur an einem Orte, dessen Verhältnisse und Preise die Festsetzung eines höhern Alimenten-Quantums rechtfertigen, abzuwarten oder ihr geborenes Kind dort in Erziehung zu geben brauchte.

Dieses hat aber jedenfalls nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, sowie es auch schon gegen die Grundsätze der Billigkeit verstößt, daß durch willkührliche Handlungen des Berechtigten die Verbindlichkeiten des Verpflichteten erschwert werden.

Es mußte daher, da den Klägern bei der Geringfügigkeit der Summe, rücksichtlich deren sie ein obsiegendes Urtel in dieser Instanz erstritten haben, auch sämmtliche Kosten dieser Instanz zur Last zu legen waren (§. 6. Thl. I. Tit. 23. der Allgemeinen Ger. Ordnung) überall, wie geschehen, erkannt werden.

So weit der Appellationsrichter. Sein Urtel und die Begründung desselben sind nach meinem Dafürhalten unrichtig.

Es handelt sich um die Rechte des unehelichen Kindes gegenüber dem Schwängerer seiner Mutter, und von diesem Standpunkte aus, nicht von dem der Pflicht des Schwängerers, muß man die Sache ins Auge fassen. In der Natur der Sache

Digitized by Google

liegt es, daß der Schwängerer eines Mädchens höchstens an dieser, nicht aber an dem vielleicht zukünftig von ihr zu gebärenden Kinde durch die Vollziehung des Beischlafes ein Quasidelict begehen kann. Dieser Satz ist im Landrechte anerkannt (§§. 612 638 und andre Tit. 2. Thl. II. A. L. R.) und mit Recht vom Appellationsrichter dem Richter erster Instanz gegenüber hingestellt. Wenn aber die Unterhaltungspflicht des Schängerers aus seiner — wirklichen oder gesetzlich fingirten — Vaterschaft entspringt, so kann sie nicht eher vorhanden sein, als die Vaterschaft selbst erwiesen werden kann, oder mit andern Worten: das Kind hat nicht früher ein Recht gegen seinen Erzeuger auf Ernährung, als bis es selbst existent geworden und einer Unterhaltung bedürftig und fähig ist, also erst vom Augenblicke seiner erfolgten Geburt an. Diejenigen Stellen, aus welchen der Appellationsrichter seine Behauptung herleitet, daß der Schwängerer schon mit der Vollziehung des Beischlafes die Unterhaltungspflicht des Kindes überkomme, enthalten nichts weiter, als Variationen des römisch-rechtlichen Thema: nasciturus pro jam nato habetur, si de eius commodo agitur. Was der Geburt des Foetus hinderlich sein konnte, soll beseitigt werden, etwaige Rechte, welche ihm bei seinem Eintritte in das Leben möglicher Weise zu Theil werden könnten, ihm bis dahin aufbewahrt bleiben. Nicht füglich läßt sich in diese Bestimmungen die Vorschrift hinein interpretiren, daß der Schwängerer mit Vollziehung des Beischlafes schon zur Unterhaltung des etwaigen künftigen Kindes verpflichtet wurde. Will man das thun, so läßt sich höchstens sagen, daß dem Kinde ein Recht auf Unterhaltung schon mit diesem Beischlafe gegeben wäre; man muß aber jedenfalls hinzufügen, daß dieses Recht, wenn es sich bis zur Geburt hin ausdehnt, auch in diesem Umfange geltend gemacht werden kann. Denn alle vom Appellationsrichter angeführten Gesetze haben nur den Sinn, des zu Gebärenden Vortheil im Auge zu behalten und man muß daher gewiß auch im preußischen Rechte den Satz gelten lassen, daß bei einer Wahl zwischen den Rechten des Kindes aus der Conception und denen

Digitized by Google

aus der Geburt als umfangreichem den Vorzug verdient. Die ganze Lehre von den Rechten des nasciturus stützt sich auf das römische Recht und in diesem ist der oben ausgesprochene Grundsatz deutlich anerkannt. Denn pr. J. I. 4. sagt: Sufficit autem, liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit: Et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, liberum nasci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. . . . Sufficit ei, qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse, ut liber nascatur.

Wenn nun das Recht des unehelichen Kindes erst mit seiner Geburt existent wird, so muß sich die Größe dieses Rechtes auch nach den am Orte der Geburt des Kindes geltenden Gesetzen richten. Denn der §. 23. der Einleitung zum Allgemeinen Landrechte ausdrücklich, die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen sollen nach den Gesetzen derjenigen Gerichtsbarkeit beurtheilt werden, unter welcher derselben seinen Wohnsitz habe oder, falls ein solcher nicht vorhanden sei, (§. 25. l. c.) nach den Gesetzen seines Herkunftortes.

Im vorliegenden Falle würden hiernach die Alimente nicht nach den zu Sangerhausen, sondern nach den zu Berlin geltenden Grundsätzen abzumessen gewesen sein.

Das dem Appellationsurtel angehängte, aus Möglichkeiten und Billigkeitsgründen entlehnte Raisonement kann hier nichts verschlagen. Derartige Möglichkeiten geben niemals auch nur annähernden Beweis, weil ihnen sofort widersprechende entgegengesetzt werden können. Wie z. B. wenn ein Berliner ein berliner Mädchen verführte, mit ihm den Beischlaf in Pankow oder einem ähnlichen Dorfe in der Nähe der Residenz zu vollziehen und aus diesem Beischlafe, nachdem die Geschwächte in ihrem Wohnorte Berlin niedergekommen wäre, in Anspruch genommen würde? Sollten auch dann nur die geringen Alimentationssätze angewendet werden, welche sich als angemessen für das kleine

Digitized by Google

Dorf herausstellen, in welchem der Beischlaf vollzogen wäre? In solchem Falle würde unser Richter schwerlich consequent bleiben.

LXL.

Kann ein Commissionär, der ein Geschäft zwischen Zweien nach ihren Wünschen vermittelt, von beiden die bedungenen Belohnungen fordern.

Rechtsfall,

mitgetheilt von

Herrn Rechts-Anwalt **Schlüter** in Heiligenstadt.

(A. L. R. I. 13. §. 22.)

Ein weimarsches Handlungshaus hatte den Commissionär K. zu Mühlhausen beauftragt, ihnen einen Associé zu ihrem Geschäfte zu verschaffen. Zu gleicher Zeit hatte der gedachte Commissionär von einem Kaufmann L. den Auftrag erhalten, ihm eine Theilnehmerschaft an einem guten inländischen oder ausländischen Geschäfte auszumitteln. Der gedachte K. offerirte hierauf dem L. den Eintritt in das weimarsche Geschäft und erhielt von demselben, da das Geschäft von ihm für vortheilhaft erachtet wurde, das briefliche Versprechen, 20 Louisd'or zu erhalten, wenn er den Eintritt des L. vermitteln würde. Der Gesellschaftsvertrag zwischen dem weimarschen Handlungshause und dem Kaufmann L. wurde durch K. schriftlich abgeschlossen, bald nach seinem Existentwerden aber von den Betheiligten wieder aufgehoben. K. erhielt von seinem weimarischen Rendanten das ihm versprochene Honorar und verlangte nun auch von L. die zugesagten 20 Louisd'ore. Dieser verweigerte aber die Zahlung und K. wurde gegen ihn klagbar.

Digitized by Google

Der Verklagte excipirte, daß der Kläger nicht für ihn, sondern nur für das weimarische Haus gehandelt habe und daß derselbe unerlaubt handeln würde, wenn er für den Abschluß des Geschäftes von beiden Seiten sich eine Zahlung wolle geben lassen.

Das Königl. Kreisgericht zu Heiligenstadt ging auf den Antrag des Verklagten, den Kläger zurückzuweisen, ein und motivirte dieses Urtel durch folgende

Gründe:

Die Klage ist auf ein Mandat gegründet, welches der Verklagte dem Kläger ertheilt haben soll und welches Kläger aus dem Inhalte der eingereichten und anerkannten Briefe vom 23. Januar, 3. und 4. Februar 1851. herleiten will. Aus diesen Briefen geht jedoch ein solcher Auftrag nicht im Geringsten hervor, vielmehr ergibt das Schreiben vom 23. Januar, daß Kläger dem Verklagten, wie auch in der Klage behauptet ist, den Antrag zum Eintritte in das Geschäft L. F. S. gestellt hat und daß der Vater des Verklagten diesen anscheinend sehr vortheilhaften Antrag vorläufig Namens seines damals abwesenden Sohnes zu acceptiren sich bereit erklärte. In Folge dessen müssen sodann, wie nach den Briefen des Verklagten vom 3. und 4. Februar 1851. mit Gewißheit anzunehmen ist, zwischen den Parteien weitere Verhandlungen stattgefunden haben, und wenn der Verklagte während dieser den Kläger wiederhalb ersuchte, den raschen Abschluß des Societäts-Contraktes zwischen ihm und der Handlung L. F. S. zu bewirken, so konnte dadurch um so weniger ein Mandats-Verhältniß begründet werden, als Verklagter den Kläger für den Bevollmächtigten jener Handlung ansehen mußte, mithin auch nur mit ihm über den Abschluß des Geschäftes unterhandeln konnte. Unzweifelhaft unterhandelte Kläger auch lediglich in Folge des von der Handlung L. F. S. enthaltenen Auftrages zur Beschaffung eines Associé und deßhalb war er gesetzlich nach §. 22. Tit. 13. Thl. I. A. L. R. verpflichtet, Aufträge anderer Perso-

Digitized by Google

nen, deren Interesse dem seiner Machtgeber entgegenlief, unbedingt zurückzuweisen.

Selbst wenn also der Verklagte dem Kläger den behaupteten Auftrag ertheilt und Kläger solchen angenommen und ausgeführt hätte, so würde Kläger dennoch keinen Anspruch auf eine vom Verklagten versprochene Entschädigung erworben haben, weil aus unerlaubten Handlungen der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, niemals aber Rechte überkommen kann. (§. 35. Tit. 3. Thl. I. A. L. R.).

Auf die vom Kläger eingelegte Appellation sprach das Königl. Appellationsgericht zu Halberstadt Bestätigung des ersten Urtels aus und gab dafür folgende

Gründe:

Nach seinen eigenen Anführungen war Kläger von L. F. S. mit Beschaffung eines Associé beauftragt; er war also Mandatar derselben und, wie er zugesteht, hierfür honorirt, wobei es gleichgültig ist, ob das Honorar, wie er behauptet, unbedeutend war, oder wie Verklagter angibt, aus 20 Louisd'or bestand. Nach §. 22. Tit. 13. Thl. I. A. L. R. durfte er von verschiedenen Personen, deren Interesse einander entgegenlief, keinen Auftrag annehmen. Gleichwohl behauptet er, von dem Verklagten den Auftrag erhalten und angenommen zu haben, ihm eine Associéstelle zu verschaffen. Hiernach hätte er zwei Mandate übernommen, die jedenfalls mit einander collidirten, so daß er, falls er das eine treu und auf das Vortheilhafteste zu erfüllen gesucht, jedenfalls das Interesse des andern Mandanten benachtheiligt hätte; was im vorliegenden Falle auch um so unzweifelhafter anzunehmen, da der durch ihn bewirkte Societätsvertrag sogleich nach der Eingehung wieder aufgehoben wurde. Irrelevant ist es hierbei, ob er zuerst den Auftrag von L. F. S. oder vom Verklagten übernahm, indem er jedenfalls den späteren ablehnen oder den zuerst empfangenen aufgeben mußte. Dadurch, daß er dieses nicht that, sondern beide gleichzeitig behielt, beging er daher eine un-

Digitized by Google

erlaubte Handlung und war deßhalb nach §. 35. Thl. I. Tit. 3. A. L. R. um so weniger berechtigt, vom Verklagten eine Belohnung zu fordern, da er bereits von L. F. S. seinem eigenen Zugeständnisse zufolge honorirt ist.

Der abermals zurückgewiesene Kläger wendete sich an den höchsten Gerichtshof und erhielt von dort endlich ein obsiegliches Urtel. Dasselbe lautet wie folgt:

In Sachen ꝛc. hat der vierte Senat des Königl. Obertribunals ꝛc. für Recht erkannt:

daß, da in dem Auftrage der Kaufleute L. F. S. an den Kläger, ihnen einen Theilnehmer zu ihrer Handlung und in dem Auftrage des Verklagten, ihm eine Stelle als Theilnehmer jener Handlung zu verschaffen, an und für sich nichts liegt, was auf ein unter diesen Personen entgegenlaufendes Interesse schließen läßt, zu einem solchen Schlusse auch der Umstand nicht berechtigt, daß der durch den Kläger vermittelte Gesellschaftsvertrag sogleich nach dessen Eingehen wieder aufgehoben worden ist;

Der Appellationsrichter also, der lediglich auf diese thatsächlichen Voraussetzungen sein Urtel gründet, wie der Kläger mit Recht rügt, die Vorschrift §. 22. Tit. 13. Thl. I. A. L. R. über das Verbot der Annahme von Aufträgen verschiedener Personen, deren Interesse einander entgegenläuft, unpassend angewendet hat; in der Hauptsache aber es unbestritten geblieben ist, daß Kläger den beabsichtigten Gesellschaftsvertrag wirklich zwischen dem Verklagten und den genannten beiden Personen vermittelt hat, ohne daß auch nur entfernt etwas angeführt ist, was zur Annahme einer Collision in den beiderseitigen Interessen der Contrahenten berechtigen könnte, der Abschluß des Vertrages vielmehr in den Wünschen beider Theile lag, und nach dem schriftlichen Entwurfe des Klägers unter ihnen persönlich stattgefunden hat, das Versprechen des Verklagten zur Bezahlung eines Honorars von 20 Louisd'oren für die Vermittelung des Vertrages dem Kläger brieflich gegeben ist, und es in Beziehung auf den

Digitized by Google

unter ihnen bestehenden Vertrag gleichgültig erscheint, ob der Gesellschaftsvertrag im Interesse der Contrahenten später wieder aufgehoben worden ist; Kläger den Abzug von 17 Thlr. auf jenes Honorar bewilligt hat und die Bestimmung wegen der Kosten sich aus §. 17. der Verordnung vom 14. Dezember 1833., §. 6. Tit. 23. Thl. I. der Allg. Ger. Ordnung und §. 9. des Ges. vom 10. September 1851. ergibt,

aus diesen Gründen:

das Erkenntniß des Civilsenats des Königl. Appellationsgerichts zu Halberstadt vom ꝛc. nach Maßgabe der Beschwerde des Klägers in Betreff der Entscheidung auf die Klage sowohl in der Hauptsache als wegen der Kosten zu vernichten, $^{1}/_{6}$ der Kosten der Appellation niederzuschlagen und die Kosten des Nichtigkeitsverfahrens jedem Theile zur Hälfte aufzulegen; in der Hauptsache aber auf die Appellation des Klägers das Erkenntniß der ersten Abtheilung des Königl. Kreisgerichts zu Heiligenstadt vom ꝛc. dahin abzuändern

daß der Verklagte verbunden, dem Kläger 20 Louisd'ore weniger 17 Thlr. Courant mit 5 Prozent Zinsen seit ꝛc. als dem Tage der Klagebehändigung, bei Vermeidung der Exekution zu bezahlen und die Kosten beider Instanzen dem Kläger zu $^{5}/_{12}$, dem Verklagten zu $^{7}/_{12}$ aufzulegen.

Von Rechts Wegen.

Das gute Recht ist bisweilen recht theuer.

Digitized by Google

XL.

Wechselseitige Hütungsrechte in einer Gemeindeflur können nicht durch Gewohnheit oder Herkommen, sondern nur durch Verjährung erworben werden.

Rechtsfall,

mitgetheilt von

Sommer.

Das folgende Erkenntniß des Obertribunals hat diesen Rechtssatz ausgesprochen, gibt übrigens, besonders in Ansehung der Rückbeziehung auf ein von der Gemeinde für sich festgestelltes Recht, viel zu denken.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Maurers Diedrich Wilhelm Kohlhage zu Neuenrade Kläger und Wiederverklagten jetzt Imploranten,

gegen

den Müller Carl Büsche daselbst Verklagten und Wiederkläger jetzt Imploraten

hat der zweite Senat des Königl. Obertribunals in seiner Sitzung vom 11. Mai 1852, an welcher Theil genommen haben

Digitized by Google

der Vice-Präsident, Wirkliche Geheime Ober-Justiz-Rath Dr. Busse;

die Geheimen Ober-Tribunals-Räthe Kuhlmeyer, Elsner, Ballhorn, Heinsius, Göhring;

die Appellations-Gerichts-Räthe von Ohlen und Korte

zu Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Civil-Senats des Königl. Appl.-Gerichts zu Hamm vom 10. Novbr. 1851 zu vernichten, die Kosten desselben nieder zu schlagen, die gerichtlichen des Nichtigkeitsverfahrens jedem Theile zur Hälfte aufzuerlegen, die außergerichtlichen desselben aber zu compensiren, in der Hauptsache

A. das Erkenntniß des Königl. Kreis-Gerichts zu Lüdenscheid vom 8. Oktober 1850 auf die Appellation des Klägers und Wiederverklagten dahin abzuändern, daß

I. in der Convention Verklagten zur Schafhudung auf den Grundstücken des Klägers Fl. IX. № 245, 246. Fl. VIII. № 153, Fl. VIII. № 380, 360 für nicht berechtigt zu erachten;

II. in der Reconvention Wiederkläger mit dem Antrage, ihn für wohl befugt zu erklären, auf den gedachten Grundstücken die Schafhude auszuüben, und zwar soweit dieselben im Außenfelde liegen, seit Michaelis, im Uebrigen seit Martini jeden Jahres abzuweisen;

B. die Appellation des Verklagten und Wiederklägers hierdurch für erledigt anzunehmen; die Kosten beider Instanzen endlich jedem Theile zur Hälfte aufzuerlegen.

V. R. W.

Gründe.

Der Verklagte und Wiederkläger stützt sein behauptetes, von der Negatorienklage des Klägers und Wiederverklagten angefochtenes Recht, die in der Feldmark Neuenrade belegenen Grundstücke des Letzteren mit Schafen zu behüten, auf ein nach seiner

Digitized by Google

Angabe zu Neuenrade geltendes uraltes Gewohnheitsrecht, wonach die Neuenrader Bürger seit unvordenklichen Zeiten gegenseitig ihre Grundstücke mit Woll- und Hornvieh behütet haben sollen. Diese Hütung habe nicht in Folge einer gegenseitigen Vergönnung, sondern Kraft eines Rechtes stattgefunden. Eventuell hat er sich auf Verjährung berufen.

Der Appellationsrichter erachtet letztere nicht für erwiesen, bejaht aber die Frage, ob schon im Jahre 1794 bei Einführung des Allgm. Land-Rechts in Neuenrade ein Gewohnheitsrecht, eine Observanz bestanden habe, kraft deren die Grundstücke der dortigen Bürger einer Koppelweide, der wechselseitigen Behütung insbesondere mit Schafen, unterliegen. Denn nach den zahlreichen Zeugenaussagen müsse hier ein diuturnum tempus als vorliegend angenommen werden, in welchem erwiesener Maßen die Observanz sich gebildet habe. Insbesondere werde durch die aus neuerer Zeit bekundenden Zeugen die allgemeine Meinung der Neuenrader Bürger, es bestehe in der That die Observanz, also die opinio juris der Hütenden dargethan und diese erweislich allgemeine opinio juris gestatte, wenn auch den im Vorprozeß vernommenen Zeugen, weil sie nicht in dem laufenden Prozeß vernommen worden, an sich keine vollständige Beweiskraft zukomme, einen wohlbegründeten Rückschluß auf eine Generation hindurch stattgehabte und ins Leben getretene Geltung dessen, was gegenwärtig für Recht angesehen werde. Es ermangele deshalb weder an einem der positiven, noch an einem der negativen Requisite, welche als erforderlich zur Entstehung einer Observanz aufgezählt zu werden pflegen. Habe dieselbe einmal bestanden, so sei sie noch in Kraft, indem die fremdherrliche Gesetzgebung eine Aufhebung nicht herbeigeführt habe.

(Public.-Pat. vom 9. Septbr. 1814 §. 2.)

Der Kläger und Wiederverklagte hat in seiner Nichtigkeitsbeschwerde dieser Ausführung zuvörderst mit Grunde den Vorwurf der Verkennung des Wesens und des rechtlichen Characters der Observanz, als einer Art des Gewohnheitsrechts gemacht. Im-

Digitized by Google

plorant bemerkt, daß die Observanz, wie das Gewohnheitsrecht überhaupt, an sich nur objectives Recht bilde, keineswegs aber dem Einzelnen ohne weiteren Vorgang Rechte verleihe und eben so wenig Jemanden ohne Weiteres Verbindlichkeiten unterwerfe. Und allerdings läßt es sich als Regel hinstellen, daß das Gewohnheitsrecht nur Rechtsnormen für gegebene Rechtsverhältnisse ausprägt, daß aber die Aufgabe der Gewohnheit nicht in Gestaltung individueller Rechtsverhältnisse, in Hervorbildung von Berechtigungen und Verpflichtungen besteht. So hat sich denn auch in der gemeinrechtlichen Praxis ziemlich allgemein der Satz festgestellt:

> „daß der Begriff eines Herkommens, einer Gewohnheit nicht auf die angeblich durch Besitz oder Ausübung geschehene Erwerbung bestimmten dinglichen Gerechtsame zwischen einzelnen Privatpersonen oder Corporationen passe, sondern in einem solchen Falle die Erfordernisse der zur Erwerbung des streitigen Rechts nöthigen Verjährung vorhanden sein müssen."
>
> Pfeiffer practische Ausführungen, Bd. II. S. 10. 121. Band VI. Seite 282.
>
> Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe der deutschen Staaten, Bd. I. S. 5.

Will man nun aber auch den Begriff der Observanz oder des Herkommens in dem Sinne eines Statutes ohne dessen Form einer Gewohnheit auffassen, welche eine stillschweigende, nur durch Handlungen erklärte Zustimmung der Interessenten, aber auch zugleich voraussetzt, daß diese durch eine kollegialische Verfassung zu einer Corporation oder Gemeinde vereinigt sind, einer Gewohnheit also, welche durch das einer Corporation zustehende Recht der Autonomie begründet sein muß;

> Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, Bd. II. S. 40. 41.
>
> v. Savigny, System, Bd. II. S. 98. 99.

und will man selbst annehmen, daß durch eine solche autonomistische Observanz nicht allein objectives Recht, sondern auch eine Berechtigung oder Verpflichtung der Einzelnen begründet werden könnte:

Digitized by Google

— so würde dennoch der vorliegende Fall nicht unter den Gesichtspunkt einer derartigen Observanz zu stellen sein.

Wo Mehrere gegenseitig ihre Grundstücke zur Weide benutzen (Koppelhut im eigentlichen Sinne, jus compasculationis reciprocum) kann dieses Folge der Gemeindeverfassung sein, nach welcher in Beziehung auf das Weiderecht eine ganze Flur wie ein Gemeindegut benutzt wird, auf einer gegenseitig erworbenen Servitut und auf einem Precarium beruhen.

Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 179, II.

Daraus ergibt sich, daß ein Koppelhütungsrecht, insofern es nicht auf Verjährung gegründet, oder als precarium bezeichnet würde, wenigstens auf die Gemeindeverfassung zurückbezogen und als deren Ausfluß nachgewiesen werden müßte. Wollte man in dieser Beziehung die Observanz zu Hülfe ziehen, so müßte doch wenigstens so viel erwiesen werden, daß eine Gemeine als solche das fragliche Recht durch Gewohnheit für sich statuirt, und daß die Gemeindemitglieder ihre Grundstücke dem Willen der Gemeinde zu dem betreffenden Zwecke unterworfen hätten. Die Benutzung des Gemeinderechtes durch die Einzelnen würde dabei nur als Benutzung einer res universitatis in Betracht kommen.

Von dem Allen hat indessen der Appellationsrichter nicht das Mindeste festgestellt, weder, daß die Koppelhütung auf den Grundstücken der städtischen Feldmark auf städtischer Autonomie beruhe, noch, daß es sich bei der Ausübung der Koppelhütung überhaupt um ein städtisches und nicht vielmehr um das Interesse einzelner Grundbesitzer gehandelt habe.

Es ist aber ferner auch der Vorwurf der Nichtigkeitsbeschwerde begründet, daß der §. 2. des Publ. Pat. v. 9. Septbr. 1814 und der Art. 3. des Einführungsdekrets zum Code Napoleon für das Großherzogthum Berg vom 12. November 1807 verletzt erscheine. Denn in dem letzteren heißt es:

„Mit dem 1. Januar 1810 hören die Römischen oder kanonischen Gesetze, die Statutargesetze, die Edicte, die

Digitized by Google

allgemeinen oder örtlichen Gewohnheiten (les coutumes générales ou locales) die Vorschriften und Verordnungen auf, die Kraft allgemeiner oder besonderer Gesetze zu haben in allen den Materien, worüber das Gesetzbuch Napoleons verfügt hat."

Und der §. 2. des Publ. Pat. v. 9. Sept. 1814 bestimmt: „Die in den einzelnen Provinzen und Orten bestandenen besonderen Rechte und Gewohnheiten sollen, insofern sie durch die unter den vorigen Regierungen eingeführten Gesetze aufgehoben und abgeschafft worden, auch fernerhin nicht mehr zur Anwendung kommen. An deren Stelle treten die Bestimmungen des Allg. Landrechts."

Da nun der Code civil über Servituten besonders verfügt

Art. 637 — 710.

insbesondere auch des Weiderechts erwähnt,

Artikel 688.

nirgend aber hinsichtlich des letzteren, wie er hin und wieder in Betreff einzelner Servituten gethan,

Art. 663, 671, 674.

auf das Herkommen (usages) ausnahmsweise verwiesen hat; so ist dem Imploranten allerdings darin beizustimmen, daß, wenn wirklich eine Observanz behaupteter Art zu Neuenrade bestanden hätte, dieselbe doch durch die französische Gesetzgebung aufgehoben sein würde.

Daß, was die Sache selbst betrifft, der Verklagte und Wiederkläger in der behaupteten Observanz keinen Anhalt finden kann, ergibt sich aus der bisherigen Ausführung. Dafür, daß die Koppelhütung auf den Grundstücken der Feldmark von Neuenrade auf Veranstaltung der Stadtgemeinde oder im städtischen Interesse stattgefunden habe, ist aus den Aussagen der im Vorprozeß und in diesem Rechtsstreit vernommenen Zeugen nichts Näheres zu entnehmen. Es kann daher nicht anders angenommen werden, als daß die Hütung auf stillschweigender gegenseitiger Zustimmung der einzelnen nachbarlichen Grundbesitzer beruht habe.

Digitized by Google

Eine solche Koppelhütung ist aber, wie schon mehrere gemeinrechtliche Rechtslehrer annehmen, im Zweifel stets bedingter und precairer Natur.

Danz, Handb. des deutschen Rechts Bd. II. S. 526.

Andere freilich wollen gegen das Precarium präsumiren, so daß nach §. 17. des Publ. Pat. vom 5. Februar 1794 der mit dem A. L. R. übereinstimmenden Ansicht der Vorzug zu geben ist. Dasselbe erklärt zwar auch die Koppelweide auf Nachbargrundstücken in der Regel für eine wechselseitige Servitut; dann aber, wenn die wechselseitige Hütung nicht regelmäßig und beständig auf eben demselben, sondern nur zuweilen, und bald auf diesen, bald auf anderen Stücken ausgeübt worden ist, soll angenommen werden, daß dabei nur nachbarliche Freundschaft und Gutwilligkeit zum Grunde liege.

A. L. R. Thl. I, Tit. 22. §§. 135, 136, 137.

Den letztgedachten Fall, also das precarium als Ausnahme muß man für vorliegend erachten.

Denn die Zeugen sagen nichts weiter, als daß die Neuenrader Bürger ihre Schaafe auf die Wiesen und Ländereien der Feldmark getrieben hätten, ohne sich darüber auszulassen, ob sich die Hütung durchschnittlich über die ganze Feldmark verbreitet und wie und wo insbesondere jeder einzelne gehütet habe. Es kann mithin in Beziehung auf bestimmte zur Feldmark gehörige Grundstücke nicht als erwiesen angenommen werden, daß dieser oder jener Bürger regelmäßig und beständig gerade auf diesen gehütet habe, vielmehr liegt die Annahme viel näher, daß er auf gewissen Grundstücken nur zuweilen und bald auf diesen, bald auf jenen Stücken die Hütung ausgeübt habe. Muß man hiernach die wechselseitige Hütung für precair ansehen, so steht es nach §. 137. a. a. O. auch jedem Interessenten, mithin gleichfalls dem Kläger frei, davon nach Gutbefinden wieder abzugehen.

Aber auch abgesehen hiervon, muß die Berufung des Verklagten und Wiederklägers auf Verjährung deshalb ohne Erfolg bleiben, weil kein einziger Zeuge, weder von den im Vorprozeß,

Digitized by Google

noch von den im jetzigen Prozeß vernommenen (Streppelmann, Lindstepe, Lauber und Dresel) von einer Schafhütung gerade des Verklagten und noch weniger davon etwas bekundet haben, daß derselbe gerade auf des Klägers Grundstücke Schafe aufgetrieben habe. Bloß der Zeuge Herfeldt (Fol. 41 der Vorprozeßacten) erwähnt des „Büsche," indessen sagt er nichts von den Schafen desselben, sondern nur, daß er 5 — 6 Jahre dessen Kühe gehütet habe. Einige der Zeugen des Vorprozesses, wie Wertmann, Schäfer, Köster, Lindstepe, Nenleben, Schulte, geben allerdings an, daß „jeder Bürger," „ein Jeder" Schafe auf die Hude gebracht habe; allein wenn man diese unbestimmte Angabe auch insoweit zu Gunsten des Verklagten deuten wollte, daß namentlich auch hinsichtlich seiner die Ausübung der Hütung in der Feldmark für nachgewiesen angenommen würde, so würde es doch immer noch an dem vor allen Dingen erforderlichen Nachweise fehlen, daß gerade auf des Klägers Grundstücken von dem Verklagten rechtsverjährte Zeit hindurch das Recht der Schafhütung ausgeübt worden sei.

Aus diesen Gründen hat, nach Vernichtung des Appellationserkenntnisses, in der Sache selbst, wie geschehen, erkannt werden müssen.

In Ansehung der Kosten ist nach §. 17 der Verordn. vom 14. Dezbr. 1833 und §. 6 Tit. 23 der Prozeßordnung Bestimmung getroffen.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterschrift des Königlichen Ober-Tribunals.

Berlin, den 11. Mai 1852.

(L. S.) gez. Mühler.

Digitized by Google

XLI.

Können nach gemeinem Rechte uneheliche Kinder neben ehelichen auf mehr als ein Zwölftel des Nachlasses vom Vater eingesetzt werden?

Ein Beitrag zur Frage über die Grenzen der Rechtsbildung durch die Praxis.

Rechtsfall und Erörterung

von

Sommer.

Nov. 89. cap. 12.

Die oben ausgehobene Frage ist durch folgendes übrigens noch nicht rechtskräftige Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Arnsberg verneint worden.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Friedrich Niermann genannt Paulütke zu Overhagen, Verklagten und Appellanten wider die Minorennen Antoinette Keuther genannt Paulütke zu Overhagen, vertreten durch ihren Vormund Caspar Heinrich Röper daselbst, Klägerin und Appellatin,

hat der Civil-Senat des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 5. März 1853., an welcher die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, von Bann-

Digitized by Google

warth, Wermuth, Schmidt und Hülsmann Theil genommen haben,

für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der ersten Abtheilung des Kreisgerichts zu Lippstadt vom 1. Oktober lediglich zu bestätigen und dem Appellanten die Kosten dieser Instanz zur Last zu legen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Klägerin ist eine eheliche Tochter, Verklagter ein unehelicher Sohn des am 7. Januar 1851. zu Overhagen verstorbenen Hermann Keuther. Dieser hat in seinem, am 23. Dezember 1850. errichteten Testamente beide Kinder als Erben berufen, seinen unehelichen Sohn jedoch zum Universalerben ernannt und denselben nur verpflichtet, der ehelichen Tochter Antoinette Keuther einen Erbtheil von 200 Thlr. als gänzliche Abfindung vom väterlichen Nachlasse zu zahlen. Diese hat das väterliche Testament als den hier zur Anwendung kommenden Bestimmungen des Römischen Rechtes zuwiderlaufend angefochten und behauptet, daß der Testator seinem unehelich gebornen Sohne bei dem Vorhandensein eines ehelichen Kindes nur $^1/_{12}$ der gesammten Nachlassenschaft habe zuwenden können. Deshalb müsse das väterliche Testament rescindirt und Verklagter als Besitzer des väterlichen Nachlasses verurtheilt werden, der Klägerin $^{11}/_{12}$ desselben herauszugeben.

Verklagter ist dagegen der Ansicht, daß für den vorliegenden Fall das Römische Recht gar nicht zur Anwendung komme, da es sich hier um seine passive Erbfolgefähigkeit handele, von dieser aber in dem bei uns recipirten 12ten Titel des 1ten Theils des A. L. R. die Rede sei.

Ausserdem bezogen sich, behauptet Verklagtet, die von Klägerin zur Begründung ihrer Klage angezogenen Bestimmungen des Römischen Rechts,

(L. 12. C. de natur. lib, und Nov. 89. Cap. 12. de successione omnium naturalium filiorum)

Digitized by Google

jedoch auf Kinder, welche im Concubinate erzeugt und geboren sein. Sie seien erlassen, das damals überhandnehmende Concubinat zu unterdrücken, zur Abschließung gültiger Ehen aber aufzumuntern. Bei uns sei jedoch das Concubinat durch Reichsgesetze unterdrückt; es gebe jetzt weder Concubinen noch Concubinen-Kinder und die Beschränkung deren Erbrechte finde auf uneheliche Kinder — auf spurii und vulgo quaesiti — keine Anwendung.

Die erste Abtheilung des Königlichen Kreisgerichts zu Lippstadt hat beide Einwendungen des Verklagten gegen die erhobene Klage verworfen, diese vielmehr für begründet erachtet, und demgemäß mittelst Erkenntnisses vom 1. Oktober 1852. nach dem Klageantrage erkannt. Die vom Verklagten gegen diese Entscheidung und Wiederholung der frühern An- und Ausführungen erhobene Appellation war zu verwerfen und das erste Erkenntniß zu bestätigen.

Zwar ist es richtig, daß in dem A. L. R. Thl. I. Titel 12. §. 36. seq. von der persönlichen Fähigkeit aus letztwilligen Verordnungen zu erwerben gehandelt wird; in Betreff der gesetzlichen Einschränkungen dieser Erwerbsfähigkeit wird jedoch überall auf besondere Titel des A. L. R. als sedes materiae hingewiesen. Man ersieht hieraus, daß die Redaktoren des A. L. R. den 12ten Titel des 1ten Theils nicht als den gehörigen Ort, wo von der beschränkten Erwerbsfähigkeit bestimmter Personen aus letztwilligen Verordnungen zu reden sei, betrachteten, vielmehr die näheren Bestimmungen hierüber besondern Titeln vorbehielten.

Da nun von dem Erbrechte unehelicher und dem Notherbrechte ehelicher Kinder in dem im Herzogthume Westphalen suspendirten drei ersten Titel des 2ten Theils des A. L. R. die Rede ist; überhaupt die Erbrechte der Kinder mit den ihnen zustehenden Familienrechten zusammenhängen und aus diesen hervorgehen, so kann nicht bezweifelt werden, daß im Herzogthume Westphalen zur Beurtheilung der Ansprüche der Klägerin im Gegensatze zu den Ansprüchen des Verklagten die Bestimmungen des Römischen Rechts Platz greifen.

Digitized by Google

Auch muß zugegeben werden, daß die Bestimmungen des Römischen Rechts, auf welche sich Klägerin bezieht, eigentlich nur auf die im Concubinate erzeugten Kinder Anwendung fanden. Zur Zeit des Erlasses dieser Verordnungen bestand nämlich im Römischen Reiche das Concubinat als eine gesetzlich erlaubte Verbindung zwischen zwei unverheiratheten Personen zum Zweck der Geschlechtsgemeinschaft. Es kamen jedoch damals bereits bessere Sitten zum Durchbruche. Um diese sittliche Richtung zu befördern und das Concubinat durch eheliche Verbindungen zu unterdrücken, fand man für angemessen, die Eltern beim Vorhandensein ehelicher und Concubinenkinder bestimmten Beschränkungen bei der Erbeseinsetzung der letztern zu unterwerfen. Viele Romanisten, z. B. Schweppe Band 4. §. 729. und Band 5. §. 788., Hommel in seinen Rhapsodien. Obs. 373. sind deshalb auch der Ansicht, daß diese zum Nachtheile der Concubinenkinder erlassenen Bestimmungen auf andere uneheliche Kinder, die spurii und vulgo quaesiti, keine Anwendung erleiden dürfen. Hommel sagt ausdrücklich: antiquam concubinatus lege publica exstirpatus studuerunt legislatores variis machinis ab eo deterrere quibus artificiis hodie opus non est. Die Praxis hat sich jedoch diesen Ansichten der Schule nicht unterworfen. Dieselbe hat vielmehr einestheils die Rechte der Concubinenkinder den unehelichen Kindern überhaupt beigelegt, indem sie den letztern unter gewissen Umständen mit ihrer Mutter gemeinschaftlich den sechsten Theil des Nachlasses ihres natürlichen Vaters zuwendet, und auch die legitimation der Concubinenkinder per subsequens matrimonium auf andere uneheliche Kinder überhaupt ausgedehnt hat. Anderntheils hat aber auch die Praxis in gesunder Consequenz für unsittlich und widersinnig erachtet, den spuriis die Rechte der Concubinenkinder zu Theil werden zu lassen, ohne sie zugleich den Beschränkungen der Rechte der letztern zu unterwerfen.

cf. Puchta's Pandekten §. 471.

Strüben in seinen rechtlichen Bedenken Band 4. Bedenken 130 spricht sich dahin aus: der Römische Concubinat war weni-

Digitized by Google

ger zu tadeln, als der heutige Beischlaf ausser der Ehe, weil jenen die Gesetze erlaubten. Bei uns verletzt aber der ausserehelliche Beischlaf göttliche und menschliche Gesetze, und deshalb haben die Gesetzgeber große Ursache, das weibliche Geschlecht dadurch abzuschrecken, daß ihm die Hoffnung benommen wird, durch des Beischläfers Wohlthaten seine und seiner Kinder Wohlfarth zu befördern.

Man ersieht hieraus, daß die Praxis nicht den Weg theoretischer Distinctionen einschlug um das rechtliche Verhältniß zwischen Geschwistern, welche theils ehelich theils ausserehelich geboren wurden, zu fixiren, sondern daß sie sich durch einen Grundgedanken leiten ließ, welcher aus dem sittlichen Ernste deutscher Nation und aus ihren Begriffen von der Würde und Heiligkeit ehelicher Verbindungen hervorging.

Demgemäß konnte nur, wie geschehen, erkannt werden.

Dies Erkenntniß ist besonders auch darum wichtig, weil es einen Ansatz macht, eine neue Praxis zu gründen, was in unsrer Zeit aber doch sehr schwer ist und auch nicht gelingen dürfte. Die römischrechtliche Bestimmung, welche den aus dem Concubinat erzeugten Kindern (den naturalibus) ein beschränktes Intestaterbrecht gibt, dagegen aber auch bei vorhandenen ehelichen Kindern eine weitere Bedenkung der naturales untersagt, hat mit dem Verbote des Concubinats als eines rechtlichen Instituts in Deutschland (durch die Reichs-Polizei-Ordnung von 1530. Titel 33. Concil. Trident. Sess. 24. de reformatione matrimonii. Glück Pandakten Commentar Bd. 28. S. 431. ff.; und insbesondere im Herzogthum Westphalen, durch die dortige Polizei-Ordnung von 1723. Tit. 13.) ihr Objekt verloren, es gibt keine filii naturales mehr, sondern nur noch spurii. Hat die Praxis nun den spuriis in einzelnen Territorien nicht allgemein, im Herzogthum Westphalen hat man Erkenntnisse dafür und dagegen — ersterer aber freilich mehr — das Erbrecht der naturales gegeben,

Digitized by Google

so folgt daraus nicht, daß nun auch der zweite Schritt durch die Praxis geschehen, daß nämlich dem Vater auch untersagt worden, den spuriis, wenn er eheliche Kinder hat, mehr als den sextantem der naturales zuzuwenden. Das allgemeine Landrecht, was doch in der Regel das bereits geltende Recht wiedergeben wollte, ist zum Beispiel so weit nicht gegangen (siehe A. L. R. II., 2. §. 647 — 652). Von wenig deutschen Landen ist eine solche eigentliche Praxis bekundet, freilich finden wir in Strube's rechtlichen Bedenken Bd. I. Bed. 48. S. 119. ff. eine Entscheidung der hannoverschen Justiz-Canzlei, welche, gegründet auf L. 12. Cod. de naturalibus liberis (5. 27.) das Vermächtniß des Erbtheils der Tochter an ihren unehelichen Sohn für ungültig erklärt. Man kann aber eine Praxis nicht weiter ausdehnen, als sie sich gebildet hat, sie ist ja eben res facti. Es ist ein sehr großer Sprung von dem Satze: die spurii sollen die Erbrechte der naturales haben, zu dem anderen: die spurii sollen auch in der den Vätern der naturales untersagten testamenti factio, zu Gunsten der legitimi, als naturales angesehen werden. Der eine Theil der Praxis bedingt hier nicht den anderen, es sind ja immer Verschiedene, die durch die Praxis betroffen werden sollen, der spurius, der im einen Falle durch die Praxis den sextantem des naturalis erhält, ist ein ganz anderer, als der spurius, dem man im anderen Falle die testamenti factio passiva in Bezug auf seinen Vater entzieht! Sieht man nun vollends auf den Grund des römischen Gesetzes, so kann man kaum mehr einen Zweifel haben. Im Concubinat, wo die Concubine in der Regel mit den Kindern beim Vater als dessen Hausfrau wohnte, war eine Einwirkung auf den Vater zur Erwirkung von Testamenten zu Gunsten der naturales und zum Nachtheil der legitimen Kinder so leicht zu erwarten, daß der Gesetzgeber sich wohl berufen finden konnte, die Rechte der gesetzlichen Erben durch ein Verbot zu sicheren. Aber bei uns, wo kein Concubinat, diese morganatische Ehe der Römer, besteht, ist auch jenes unterstellte Verhältniß des Gesetzes nicht vorhanden. Glück (Mühlenbruch) sagt daher auch Com.

Digitized by Google

Bd. 39. S. 337. — „Die eigentliche ratio legit ist das für die legitimen Descendenten gefährliche Zusammenleben der natürlichen Kinder und des Vaters. Uebrigens ist Hommel (rhapsod. quaest. obs. 373.) selbst der Meinung, daß die Erbbeschränkung nicht mehr gelten könne, theils weil dieselbe als indirecte Beschränkung des Concubinats zu betrachten sei, theils weil die Concubinenkinder im Hause des Vaters erzogen worden sein, und es daher leicht habe geschehen können, daß er sie lieber habe als die ehelichen, wogegen heutigen Tages ein Vater seine unehelichen Kinder kaum kenne."

Besonders ist auch nicht zu übersehen, daß in der quasi Ehe des Concubinats eine gesetzliche Gewißheit der Paternität angenommen ward, nicht aber bei den spuriis, wie §. 12. J. de nuptiis (410.) berichtet. (S. Glück Com. Bd. 39. Seite 329. 330.) Es muß also auch bedenklich sein, für ein anderes als das gesetzlich unterstellte Verhältniß die gesetzliche Sanction anzunehmen.

Wenn Puchta (Pandekten §. 470.) von einer sich fast ohne Ausnahme für die Anwendung der hier fraglichen Bestimmung auf spurii aussprechenden praxis spricht, so ist er den Beweis schuldig geblieben. Wenn einmal z. B. in Celle ein solches Erkenntniß erlassen worden, so ist das noch kein gemeines deutsches Recht. Aus Westphalen ist kein einziger solcher Fall angeführt, und daß sie sehr selten sein müssen, liegt freilich in der Natur der Sache. Wenn Puchta gegenüber der Bereitwilligkeit, mit welcher man die den Concubinen-Kindern günstigen Bestimmungen auf uneheliche Kinder angewandt hat, die Nichtanwendung jener ungünstigen für eine Verletzung des gemeinen Rechtsgefühls, wo nicht des Anstands hält, so ist das wenigstens kein Rechtsgrund. Wie weit man die Analogie der spurii mit den naturales in der Praxis durchgeführt hat, ist lediglich eine thatsächliche Frage, in Westphalen ist namentlich nie ein

Digitized by Google

solcher Fall, wo der Vater den unehelichen Sohn vor dem ehelichen begünstigt, und die Gerichte hierin eine Rechtsverletzung gefunden hätten, vorgekommen.

XLII.

Kritische Blätter civilistischen Inhalts. In zwanglosen Heften von Dr. Alois Brinz, außerordentlichen Professor der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen. Nr. 1. S. 44. Nr. 2. S. 42. Erlangen 1852. Verlag von Ferdinand Enke. Preis pro Heft 8 Sgr.

Recension

von

Sommer.

Tüchtige Leistungen, Abhandlungen in Gestalt kritischer Beleuchtungen erheblicher römisch-rechtlicher Abhandlungen. Nr. 1. beurtheilt die Beiträge zum Obligationenrecht, von Dr. Eduard Chambon, Professor der Rechte und außerord. Beisitzer des Schöppenstuhls zu Jena 1851. 1 Band. I. Die Lehre von dem Contractus aestimatorius. Vorzüglich wird hier die Frage erörtert, ob Aliat in L. 11. pr. D. de reb. cred. (12. 1.) bei der Stelle: „quemadmodum si alii dadissem vendendum“ den Fastellcontract gemeint habe, was Chambon bestreitet. Brinz gibt

Digitized by Google

nun eine höchst umfassende und gründliche Erörterung über den contractus aestimatorius, dessen Vergleichung mit der conductio operarum, über die Realkontracte, und hält (S. 19.) mit Chambon den Trödelkontract für einen Consensualkontract. Die Ansichten von der Pfordtens und Puchta's werden auch beleuchtet. Das Ganze ist eines Auszugs für die Zwecke unsres Archivs nicht fähig, übrigens eine sehr tüchtige Arbeit.

Nr. II. beleuchtet des Mecklenburg'schen Justiz- und Consistorialraths Dr. Hermann Buschka historisch und dogmatisch dargestellte Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (Rostock und Schwerin 1852.). Eine sehr umfassende Erörterung. Die Stellvertretung wird definirt, was nicht ohne Schwierigkeit. Sie ist dem Verfasser (Nr. IV.) Vollführung fremder Geschäfte, nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach. Also nicht ein eigenes Geschäft — weder Rechtsgeschäft, noch sonst ein Geschäft. — Daß das fremde Geschäft auch auf fremde Rechnung geführt sei, ist nicht nothwendig, so wenn man eines Andern Schulden schenkungsweise zahlt, ist man sein Stellvertreter. Der zu Vertretende darf aber nicht mithandeln. Damit Schenkung Stellvertretung sei, muß sie als Führung fremden Geschäfts erscheinen, ein fremdes Geschäft ist aber dasjenige nicht, bei dem derjenige, dessen es ist, selbst als Partei auftritt, weßhalb man dann den Vormund, Ehemann, indem sie zu Handlungen des Mündels, der Ehefrau, einwilligen, nicht als Stellvertreter denken kann; damit ist auch der Unterschied des Stellvertreters und Beistands gegeben. — Es kommen die utilis actio, und so manche andere Tiefen des römischen Rechts zur Sprache, denen wir hier nicht folgen können. — Das römische Prinzip von der Unzulässigkeit der (unmittelbaren) Stellvertretung in Verträgen gilt nach des Recensenten (S. 35.) und Recensirten Behauptung nicht mehr. Von den Glossatoren erklärte sich nur Martens für die unmittelbare Stellvertretung als Regel und das Gegentheil als Ausnahme. Amtliche Stellvertreter (Vormünder, Actoren, Dumvire, Oekonomen, auch der

Digitized by Google

Notar) läßt man unmittelbar für ihre Vertretenen contrahiren. Unter den Commentatoren Baldus, Alciatus, Zasius, wird gegen die Unmittelbarkeit dieser letztern Stellvertretung noch gestritten; im siebenzehnten Jahrhundert steht sie fest. Jetzt kann man auch durch Procuratoren Forderungen erwerben; ja bald treten Juristen (J. H. Böhmer) auf, welche wollen, daß man Forderungen für Jemand, ohne sein Wissen und Willen, als bloßer negotiorum gestor erwerben könne; nicht in Folge Exegese des römischen Rechts, sondern kanonischen, später naturrechtlichen Ansichten von der allgemeinen Verbindlichkeit des gegebenen Worts, sowie deutscher Gewohnheit. Die Reaction ward vollendet. Die spanische Gesetzgebung sprach sich schon 1348. dafür aus, im 18—19ten Jahrhundert die bairische, preußische, östreichische, so wie, richtig verstanden, der Code Napoleon. — Die Begründung von Verpflichtungen durch unmittelbare Stellvertretung macht sich nach dem, was das römische Recht von den Kontracten der Vormünder bestimmt. Was anfänglich nur von den nothwendigen Kontracten galt, daß die Stellvertreter während ihres Amtes nicht exequirt, nachher nicht einmal mehr condemnirt werden dürfen, trugen Baldus, Alciatus auf die praepositi über, indem sie sagten, daß diese während ihrer Vollmacht nur de pecunia domini zur Zahlung gezwungen, nachher aber gar nicht mehr belangt werden sollten. Nach wie vor, war es die institoria und exercitoria, mit der man gegen den Herrn klagte, bis endlich der Gedanke auftauchte, daß der Herr selbst unmittelbar Schuldner, und als solcher (nicht blos als defensor) belangbar sei. Man stritt nur, ob nicht die institoria konkurrire. In unsern Tagen haben Puchta und Thöl hier die römische Theorie herstellen wollen, obgleich sie durch die exceptio doli, welche sie dem institor geben, factisch zu demselben Resultat kommen, das die Mehrzahl der heutigen Juristen will, unmittelbare Stellvertretung (Seite 36. 37.)

Mit Annahme der unmittelbaren Stellvertretung in Contracten wird eine neue Dogmatik nothwendig, womit sich Buschka

Digitized by Google

§. 19 — 21 beschäftigt. Brinz hebt S. 37. ff. einige der dringendsten Fragen hervor. 1. Ist auch zur unmittelbaren Stellvertretung überall Vollmacht nöthig? Brinz läßt mit J. G. Böhmer in blos lucrativen Contracten heut zu Tage eine unmittelbare Stellvertretung ohne Vollmacht und Ratihabition zu. Die Sache könnte aber doch ihre Bedenken haben; gesetzt das dem L. durch den M. in solcher Weise erworbene Pferd wird krank, verendet, soll M. die Curkosten tragen, weil er Eigenthümer geworden, also seine negotia gerirt?! — 2. In welcher Form geht die Stellvertretung vor sich? Der Consens, welcher zum Contracte nöthwendig, muß sich auf dessen Qualität als stellvertretendes Contract erstrecken, wozu eine wechselseitige Kundgebung nothwendig, wodurch sich denn Frage 1. auch unbedenklich beantwortet. 3. Wie, wenn in Fällen, wo Vollmacht nothwendig ist, eine solche nur vermeintlich, oder angeblich, nicht wirklich da ist? z. B. Titius, den Sejus für den Procurator des Mävius hält, empfängt für diesen ein Darlehn von Sejus. Buschka nimmt an, daß hier Titius Darlehnsschuldner sei, 1. „eventuell“ (für den Fall, daß keine Vollmacht da sei) contrahire der Gläubiger immer mit dem Stellvertreter selbst, wenn er gleich den betreffenden Vorbehalt nicht mache. Brinz findet (S. 39.) diese Annahme eines gleichzeitigen Abschlusses eines primären und eines eventuellen Contractes selbst dann von zweifelhafter Berechtigung, wenn diese Eventualität ausdrücklich bedungen wird, um so mehr also, wenn gar nicht feststeht, daß in dieser Weise kontrahirt werden wollte — maaßen man doch nicht ohne weiteres annehmen werde, daß, wenn sich ein Kapital von Tausenden dem begüterten Mävius etwa auf Jahresfrist zu leihen bereit war, denselben Contract eventuell auch mit seinem armen Procurator geschlossen haben wollte. Brinz gestattet hier, wenn kein Betrug vorliege, die rei vindicatio, oder eine obligatio zur Schadloshaltung mit conditio sine causa (conf. A. L. R. I. 13. §. 150. 151.). 4. Welches ist die Lage des Contractes vor der Ratihabition, wenn es sich um unmittelbare Stellvertretung handelt, und dies

Digitized by Google

auf der Ratihabition beruht? Buschka denkt sich den Fall, daß Jemand Namens seines Herrn vorbehaltlich der Ratihabition gepachtet, und wirft hier die Frage auf, ob der Stellvertreter zur Zeit der Ratihabition noch leben müsse, ob er vor der Ratihabition durch einseitige Reue das Geschäft rückgängig machen könne. Er verneint sie beide, womit Brinz einverstanden, der dagegen merklärlich findet, wie der Stellvertreter, der doch kein Recht erlangt habe, durch einen Nachlaßvertrag die Wirkungen des Vertrages solle aufheben können. Richtig dagegen hält Brinz die Behauptung, daß nicht auch die Erben des Dritten ratihabiren können. 5. Zufolge des geänderten Prinzipes müssen sich mancherlei Abweichungen vom römischen Rechte im Einzelnen ergeben. Das Prinzip der institoria ist, wie Buschka S. 242. sagt, „wesentlich umgestaltet," nach Brinz (S. 40.) existirt sie gar nicht mehr. Die Präpositio wird nicht mehr als eine Willenserklärung gedacht, die den Herrn zur Defension des an seiner Statt haftenden institor verpflichtet, sondern als Vollmacht, vermöge welcher der institor ihn gleich selbst obligirt; das dare, facere, oportere, das bei den Römern nur auf den institor lautet, lautet nunmehr auf den Herrn; es wird mit den actiones emti, venditi, locati conducti etc. gegen ihn als Schuldner, nicht als Defensor, mithin direct, nicht erst mit der institoria geklagt — was immer der Fall, so oft innerhalb der Vollmacht gehandelt worden, also selbst dann, wenn der institor das Empfangene für sich verwendet hat; er hat den Herrn im Augenblicke des Contractes zum Schuldner gemacht, ist also auch schon in diesem Augenblicke Stellvertreter; bei der mittelbaren fehlte es vor der versio in rem domini an dem negotium alienum. Was von der institoria, gilt auch von der exercitoria und quasi institoria. — Buchka nimmt übrigens S. 144. an, daß mehrere Vollmachtgeber, im Gegensatze zum römischen Rechte, heut zu Tage nicht in solidum haften. Brinz begründet diese Ansicht dadurch, daß das iussum, auf dem die institoria, exercitoria, quasi institoria ruht, untheilbar sei, so untheilbar, wie in alter

Zeit die fidejussio. Heute hafte der Herr nicht mehr als judens, neben dem Contrahenten, sondern als derjenige, welcher durch den Contrahenten unmittelbar kraft Vollmacht verpflichtet worden; wie er verpflichtet worden, oder werden könnte, ob pro parte oder in solidum, sei quaestio facti, es hange von dem Inhalt der Vollmacht und dem des Contractes ab. Diese Ansicht dürfte aber doch sehr gewagt erscheinen. —

XLIII.

Die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich, von Ludwig Frey. Erlangen, Verlag von Ferdinand Enke. 1852. X. XIII. 236. Preis 1 Thlr 2 Sgr.

Recension

von

Sommer.

Das Buch ist vor Einführung der Preuß. Staatsanwaltschaft geschrieben. Es handelt im I. Abschnitt von der französischen Staatsanwaltschaft, gibt im ersten Kapitel die ältere und neuere Geschichte derselben. Der Verfasser findet (S. 4 ff.) die ältesten Ursprünge der Staatsanwaltschaft im Amt des Missus dominicus und des comes unter den fränkischen Königen, so wie in den altgermanischen Ceutenariis, und den Sendschöffen in den Sendgerichten. Den Uebergang zu der alten, französischen Staats-

Digitized by Google

anwaltschaft, wie sie die Revolution von 1789 antraf, bildeten die avocats oder procureurs du roi, welche die Könige bei den Gerichten der baillis und sénéchaussées angestellt hatten, um die Interessen ihrer Krone zu vertreten. Solcher procureurs oder avocats du roi wurden auch bei den Parlamenten aufgestellt. So lange die Strafen in Compositionen bestanden, bei deren Eintreibung und Erstehung das königliche Interesse nicht verletzt war, so lange treten auch die procureurs du roi nicht als öffentliche Ankläger auf. Als aber an die Stelle der Geldstrafen die Leibesstrafen traten, machte sich die Ansicht geltend, daß die königliche Gewalt bei Verfolgung der Verbrecher interessirt sei. Und so sah man denn in Folge der Reorganisation der Gerichtsverfassung durch Philipp IV. (1302), die procureurs und avocats du roi auch als förmliche öffentliche Ankläger auftreten. Man hat daher auch von Alters die Beamten der Staatsanwaltschaft gens du roi genannt. Sie theilten sich vor der Revolution in zwei Klassen, die eine führte die Feder, die andere das Wort. Als gens du roi waren sie nur der Krone verantwortlich, unabsetzbar waren sie nicht, aber da die meisten ihrer Stellen käuflich waren, schützte sie dies Recht der Rückzahlung des Kaufschillings indirekt gegen willkührliche Entlassungen. — Der Verfasser beschreibt ihre Amtsverrichtungen, sodann die Entwickelung des Instituts in der Revolution, und endlich ihre neueste Stellung in Folge der Strafprozeßordnung von 1809., der Napoleonischen Dekrete vom 30. März 1808., 6. Juli und 18. August 1810. und Gesetz vom 20. April 1810. Der Verfasser entwickelt im zweiten Kapitel die ganze Stellung der französischen Staatsanwalte, vergleicht sie sodann mit den deutschen, soweit hier das Institut sich 1850. schon befestigt hatte (in Baden und Baiern). Das Buch gibt viel Belehrendes über eine Institution, die man überall nur als einen großen Fortschritt gegen das frühere deutsche System, wo der Richter zugleich Staatsanwalt war, begrüßen kann. Im elften Kapitel S. 224 — 234. vergleicht der Verfasser die deutsche und französische Staatsanwaltschaft mit

Digitized by Google

der N. A. anderer Gesetzgebungen. Die Summe ihrer Amtshandlungen, als gewisser, von den Untersuchungsrichtern getrennten, zur Wahrung der Staatsinteressen, in Bezug auf verübte Vergehen und Verbrechen aufgestellter Beamten erscheint nach der Gesetzgebung der verschiedenen Länder, in welchen diss Institut eingeführt, bald größer bald kleiner. Sie erscheinen dem zu folge bald 1. als bloße Referenten in Straffachen, bald 2. als bloße Antragsteller nach geschlossener Untersuchung, bald 3. als eigentliche öffentliche Ankläger.

Die Staatsanwaltschaft ist für Deutschland eine wichtige Eroberung; sie hat der gefährlichen Vermischung der richterlichen Gewalt mit der anklagenden ein Ende gemacht, sie läßt jede ganz und selbstständig sich vertreten. Früher trat „fiscus“ oder „officium“ auf, es war aber mit dem Richter identisch, und man konnte gegen die Irrthümer und Leidenschaften des officium beim Richter, — der wieder das officium war — keine Hülfe erlangen. In kleinen Ländern schützte noch einigermaaßen die Akten-Transmission an Facultäten. — Wie weise abgewogen die Competenzen in der Preußischen Staatsanwaltschaft sind, konnte uns der Verfasser, da diese damals noch nicht entstanden, noch nicht sagen.

Digitized by Google

XLIV.

Lehrbuch der Pandekten von Dr. Ludwig Arndts, ord. Professor an der K. B. Ludwigs-Universität. Dritte Abtheilung, das dritte Buch enthaltend. München, Verlag der literarisch-artistischen Anstalt der J. G. Cottaschen Buchhandlung 1852. gr. 8. S. 295 – 928. Preis: 2 Thlr. 12 Sgr.

Recension
von
Sommer.

Schon im XVten Jahrgang Seite 155. haben wir das Publikum auf das vorliegende bis zum zweiten Buche fortgeführte Werk aufmerksam gemacht. Das dritte Buch handelt von der Obligation, und zwar Kapitel 1. von den Obligationen überhaupt. Kap. 2. von einzelnen Schuldverhältnissen I. aus Verträgen und verwandte Verhältnisse, II. aus unerlaubten Handlungen und verwandte Fälle, III. die übrigen vermischten Fälle von Obligationen, nämlich a) Klagen auf Rückerstattung grundlosen Gewinnes (condictio indebiti, ob causam datorum, ob turpem causam, ob injustam causam, sine causa) b) actio ad exhibendum c) Klagen auf Gestattung der Wegnahme von Sachen d) Verbindlichkeit zum Unterhalt einer Person. Kap. 3.

Digitized by Google

von Sicherheit der Forderungen durch Bürgschaft. Kapitel 4. desgleichen durch Pfandrecht. — Das vierte Buch hat die Familienverhältnisse zum Gegenstande. Kap. 1. von der Ehe. Kap. 2. vom Verhältniß unter Eltern und Kindern. Kap. 3. von der Vormundschaft. — Im fünften Buch wird die Lehre von der Erbschaft abgehandelt. Kap. 1. von der Erbfolge im eigentlichen Sinne. Kap. 2. von den Vermächtnissen. Kap. 3. von Erbansprüchen gegen den letzten Willen des Erblassers. Kap. 4. von dem Erwerb erbloser Güter und andern der Erbfolge analogen Fällen.

Es ist ein vorzügliches Lehrbuch, was uns vorliegt. Die Behauptungen sind mit Gesetzen belegt, worin das wirklich steht, wofür sie allegirt sind (bekanntlich nicht immer der Fall z. B. in Thibauts System). Im Allegiren der Literatur ist das für ein Compendium nöthige Maaß gewährt. Eine klare Sprache ist auch angenehm, und der neueste Stand der Wissenschaft ist überall dargelegt. Darum ist das Buch denn auch für die, welche über das Collegien-Hören längst hinaus sind, aber doch die neueren Errungenschaften der Wissenschaft gern in nuce vor sich haben, wichtig. — Der Preis ist sehr mäßig, Druck und Papier gut, wie von der Verlagshandlung nicht anders zu erwarten.

Digitized by Google

XLV.

Theoretisch practisches Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. Mit Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen des In- und Auslandes und des Verfahrens bei Schwurgerichten, für Aerzte und Juristen bearbeitet von Dr. J. H. Schürmayer, Großh. Badischem Medicinalrathe, ordentlichem öffentlichem Professor der Staatsarzneikunde an der Universität Heidelberg, Hofgerichtlichen Medicinalreferenten und Oberamts-Physicus, Ritter des Ordens vom Zähringer Löwen ꝛc. ꝛc. Mit einem Anhange, enthaltend eine kurzgefaßte practische Anleitung zu gerichtlichen Leichenobductionen. Erlangen, Ferdinand Enke's Verlagsbuchhandlung 1850. gr. 8. S. XXIV. 456. Preis 2 Thlr. 16 Sgr.

Recension
von
Sommer.

Es ist schon lange her, daß Mezger seine gerichtliche Arzneiwissenschaft schrieb, welche als Authorität und Lehrbuch auf den

Digitized by Google

Cathedern und in den Gerichten galt. Die so höchst bedeutenden Fortschritte dieser Wissenschaft, welche an den Grenzen in so viele verwandte Disciplinen herüber reicht, rechtfertigten es, daß der Verfasser den jetzigen Zustand derselben in dem vorliegenden Lehrbuch — gewidmet dem ehrwürdigen Chelius — darstellte. Eine bescheidene Vorrede leitet das Werk ein. Der Verfasser geht davon aus, daß es weder wissenschaftlich noch practisch zu rechtfertigen, besondere Bearbeitungen der gerichtlichen Medicin zu unternehmen, auch auf Universitäten besondere gerichtlich medizinische Vorlesungen für Juristen zu halten. Eine abstrakte Darstellung der Grundsätze und Lehren der gerichtlichen Medicin, ohne auf ihren tieferen Grund einzugehen, könne dem Juristen weder verständlich noch gnügend erscheinen, und beschränke oder verwische eine der wichtigsten Errungenschaften der neuern gerichtlichen Medicin, nämlich den Grundsatz der Beurtheilung in concreto und nicht in abstracto, welche letztere früher so großes Unheil angerichtet habe. Sei aber einmal eine Begründung der Lehrsätze der gerichtlichen Medicin auch dem Juristen nicht blos von Interesse, sondern selbst eine Forderung von ihm, die er als Mann der Wissenschaft stellen werde, so sei nicht abzusehen, warum man die gerichtliche Medicin in willkührlicher Beschneidung und gewissermaaßen in oberflächlicher Verkümmerung vortragen wolle; ein tüchtiger Lehrer werde seine Vorträge der gerichtlichen Medicin auch dem Juristen zugänglich und verständlich zu machen wissen, und dasjenige, was nur der Jurist vermöge seiner allgemeinen und besondern wissenschaftlichen Bildung nicht begreife, schade mindestens nichts, wenn er es auch gehört habe, sein Bedürfniß werde er sich immerhin herauszufinden wissen. Ein Unterricht in der gerichtlichen Medicin, ohne in das Technische der Natur- und Heilwissenschaften einzugehen, sei übrigens eine Unmöglichkeit, und eine feste Grenzlinie zwischen medicina forensis für Aerzte und solcher für Juristen werde sich rationell gar nicht festsetzen lassen. Zudem sei für den Juristen die Benutzung eines gerichtsärztlichen Practicums, für seine künf-

Digitized by Google

tige practische Wirksamkeit von nicht geringem Werthe. — Nichts desto weniger wird aber doch bei dieser medico-juristischen Halbwisserei nicht viel herauskommen, am Ende wird immer der Arzt doch das entscheidende Wort vor Gerichte, und nun vollends vor den Geschwornen, die nicht erst vor ihrer Berufung die medicina forensis studiren können, haben. In der That gehört diese Frage mit zu den großen Schwierigkeiten des Geschwornen-Gerichts, welches über die ganze Thatfrage, auch über die medicinische Seite derselben, zu urtheilen hat. Wenn nun gar die von der Anklage und von der Vertheidigung herbeförderten Aerzte verschiedener Meinung sind und diese mit gewohnter Urbanität und unter Voraussetzung der den Geschwornen abgehenden technischen Begriffe gegeneinander vertheidigen, mag es den Geschwornen doch wohl nicht sehr leicht werden, das Richtige herauszufinden. Inzwischen wie man bei der Feststellung der Thatsache durch die Geschwornen auf das Glück einer redlich erlangten Ueberzeugung derselben rechnen muß, so kann man das auch hier, der common sense muß das Wahre herausfinden, es wird rechtlich vermuthet, daß er das gethan. — Jedenfalls muß der Jurist doch immerhin in der medicina forensis zu Hause sein, da es wohl mehr Fälle gibt, die nicht vor Geschworne kommen (Correctionellsachen) als solche die deren Beurtheilung unterstellt werden. Das vorliegende Lehrbuch ist sehr geeignet, Richtern und Anwalten, soviel Medicinisches beizubringen, als ohne den Doctorhut möglich ist. — Das Buch theilt sich in einen allgemeinen Theil — der im ersten Kapitel Prinzip, Begriff und Umfang der gerichtlichen Medicin darstellt, im zweiten Kapitel vom Verhältniß der gerichtlichen Medicin zur Heilkunst, zur medicinischen Polizei und Gesetzgebung, im dritten Kapitel von der Nothwendigkeit des Studiums und praktischen Unterrichts der gerichtlichen Medicin für Aerzte und Juristen handelt. Das vierte Kapitel gibt die geschichtliche Begründung und Literatur der gerichtlichen Medicin. Das fünfte handelt vom Beweise durch Sachverständige. Das sechste von Verbrechen, dolus, nupa, Thatbestand, Zurechnung.

Digitized by Google

Das siebente von der Wahl der Sachverständigen überhaupt und der gerichtlichen Aerzte insbesondere. Das achte Kapitel befaßt sich mit dem gerichtlichen Augenschein, Legal-Inspection, obductio legalis. Das neunte befaßt sich mit dem gerichtlich-medicinischen Gutachten.

Der besondere Theil handelt im Kap. 1. von der Zeugungsfähigkeit, Kap. 2. von der Ueberfruchtung, Kap. 3. von dem abnorm erhöhten Geschlechtstriebe, Kap. 4. von dem abnorm verminderten Geschlechtstriebe. Das 5. Kap. von der Schwangerschaft, das 6te von den Criterien einer überstandenen Geburt. Kap. 7. von der normalen und abnormen Bildung der neugebornen Kinder. Kap. 8. von den Lebensaltern. Kap. 9. Tod, Alter der Leichen. Kap. 10. von der Körperverletzung. Kap. 11. von der Tödtung und den Todesursachen. Kap. 12. vom Selbstmord. Kap. 13. von der Priorität des Todes (welcher von mehreren Todtgefundenen zuerst gestorben). Kap. 14. von der Kindestödtung. Kap. 15. Tödtung im Mutterleibe und Abtreibung der Leibesfrucht. Kap. 16. von der Nothzucht und der naturwidrigen Befriedigung des Beischlafs. Kap. 17. von den trügerisch vorgeschützten — simulirten — angeschuldigten und verhehlten körperlichen Krankheiten. Kap. 18. Gerichtliche Physiologie (höchst wichtig). Kap. 19. Von der Beurtheilung der so genannten Kunstfehler der Medicinalpersonen. In einem Anhange wird eine kurzgefaßte practische Anleitung zu gerichtlichen Leichenobductionen gegeben.

Daß wir in das Einzelne des reichen Inhalts dieses Werks nicht eingehen können, spricht von selbst. Es ist für Aerzte und für Gerichte sehr wichtig, für letztere besonders in Correctionell-Sachen, wo sie selbst zu entscheiden haben, und auch in Schwurgerichtssachen, wo sie die Geschwornen, vollends wenn die Sachkenner sich widersprechen oder vor lauter Gelehrsamkeit nicht zur Sache kommen, oder in gelehrten Floskeln, zumal in Fremdwörtern, das Faktum ersäufen, zu leiten und zu beleh-

Digitized by Google

ren haben, um einen sachgemäßen Wahrspruch herbeizuführen. — Gerichtsbibliotheken wird dieses Werk daher besonders zu empfehlen sein. —

XLVI.

Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte. Von Berthold Delbrück, Kreisrichter zu Bergen auf Rügen. Berlin Ferdinand Dümmlers Buchhandlung. (W. Grube) 1853. gr. 8. S. IV. 133. Preis 22½ Sgr.

Recension

von

Sommer.

Wir zeigen hier ein wichtiges Werk an. Für die Uebernahme fremder Schulden fehlte es bisher an einem festen Prinzip in der Praxis, sie war, wie der Verfasser gleich S. 1. bemerkt, von Wissenschaft und Gesetzgebung völlig vernachlässigt, was große Schwankungen der Praxis in den Ansichten über die Natur des Rechtsgeschäfts zur Folge hat. Obligation ist (S. 3.) nach römischen Grundsätzen ein Rechtsverhältniß zwischen Personen, vermöge dessen einer dem andern zur Leistung einer Handlung verpflichtet ist, ein Verhältniß, welches nur durch diese wechselseitige Beziehung bestimmter Individuen auf einander existirt und sich von der Person des Gläubigers oder Schuldners nicht

Digitized by Google

trennen läßt, ohne selbst aufgehoben zu werden. (L. 9 pr. de O. A. Gaji Instit. L. II. §. 38. L. 25. §. 2. d. de usufr.) wogegen es eine Grundanschauung des deutschen Rechts ist, daß Forderungen und Schulden als werthe Gegenstände des Verkehrs sind und Veräußerung gestatten. Während das römische dominium sich auf körperliche Sachen beschränkt, erstreckt sich das deutsche Wort Eigenthum auch auf Forderungen. Das römische Recht stellt Sachen und Obligationen einander gegenüber und sieht in diesem Gegensatze eine Grundtheilung des Rechts, das deutsche Recht dagegen läßt diesen Unterschied auf sich beruhen und theilt alles Gut, bestehe es nun in Sachen oder Forderungen, ein: in fahrende Habe und liegendes Eigen; Forderungen gehören je nach Umständen zu dem einen oder andern Theile des Vermögens. Daraus entstand dann für die von den Romanisten beherrschte Theorie der Zweifel, ob gewisse deutsche Institute dem Sachen- oder dem Obligationenrechte zu überweisen seien, für die Praxis aber, der sich das deutsche Element aufdrängte, die Frage, ob Forderungen als bewegliche oder unbewegliche Sachen zu betrachten seien; schon die älteren Praktiker beantworteten diese Frage dahin, daß Forderungen weder bewegliche noch unbewegliche Sachen, sondern als eine dritte selbstständige Gattung des Vermögens anzusehen seien. Daraus folgt denn, daß der Begriff der Obligation im Sinne eines persönlichen Verhältnisses im deutschen Recht völlig zurücktritt und dagegen die Forderung angeschaut wird als Bestandtheil der Habe, als Sache. Man denke nur an den Rentenkauf und an die auf jeden Inhaber lautenden Papiere. Renten nehmen die Natur der Waaren an. (Lübisch. Recht lib. III. Bl. VI. Art. 8.). Ebenso werden Wechsel als Waare angesehen. So hat denn die deutsche Ansicht die römische wenigstens in der Art verdrängt, daß die Uebertragbarkeit der Obligationen allgemein angenommen, und ein Uebergang des Rechts der Substanz nach — Singular Succession — anerkannt ward. Man sprach nicht nur vom Eigenthum an Forderungen, sondern wollte auch Institute des Sachenrechts,

Digitized by Google

wie Vindikation, Besitz, Tradition, Ersitzung u. s. w. auf Obligationen anwendet. Diese Auffassung ist, mit mehr oder minder Consequenz, im Preußischen und Oestereichischen Gesetzbuche anerkannt. — Der Verfasser kommt sonach dahin, daß es des procurator in rem suam, überhaupt eines Mandats bei der Cession nach deutschem Rechte nicht bedürfe. Kann sich die Cession auf einen Kauf gründen, so kann der Act der Cession nicht zugleich ein Mandat sein, sintemalen ein Mandat, welches sich auf Kauf, Tausch, Schenkung u. s. f. gründet, kein Mandat ist. Nach dem Verfasser ist Obligatio ein lebendiges Verhältniß zwischen Personen, Forderungen und Schuld sind der feste, sachliche Niederschlag desselben, Obligatio drückt das subjektive Verhalten, Forderung und Schuld das objective Verhalten desselben Begriffs aus. Obligatio ist ihrer Natur nach ein vorübergehender Entwickelungsprozeß, Forderung und Schuld existiren, insofern sie als ruhend, als dauernd gedacht werden. Die römische Auffassung ist wahr, so lange Forderung und Schuld nicht auf Dritte übertragen werden, und auch nicht dazu bestimmt sind, übertragen zu werden, die deutsche Auffassung ist wahr, sobald Forderung und Schuld aus einem Vermögen in das andere übergehen und in dieser Veräußerlichkeit eine wesentliche Bestimmung derselben gesucht wird.

Der Verfasser geht nun im zweiten Abschnitt (Seite 16) zur Uebernahme fremder Schulden über, welche (Seite 18) ist der Act, durch welchen eine Schuld aus dem Passivvermögen des Schuldners ausgeschieden und in das Passivvermögen des Uebernehmers übertragen wird; er erfordert Seitens des Uebernehmers die Erklärung, daß er die Schuld übernehme, und Seitens des Schuldners die Annahme dieser Erklärung (Entsch. I, 96. Koch Schles. Archiv I, 504). Es ist dies ein durchaus selbstständiger deutscher Vertrag. Cession und Uebernahme beruhen auf einem Grunde, ohne welchen sie im wirklichen Leben nicht vorkommen. Die Gründe der Uebernahme können sein 1. Schenkung, 2. Zahlung, (Uebernahme in rationes pretii) 3. Tausch, 4. Tauschähn-

Digitized by Google

liche s. g. Innominatcontracte z. B. bei Auseinandersetzungen zwischen Miterben, Gesellschaften, wo oft einer gegen eine anderweite Vergütung mehr Schulden übernimmt, als ihm zukommen, ferner bei Uebertragung von Begriffsganzen, z. B. Uebernahme einer Schuld gegen das Versprechen einer Vergütung, oder gegen Baarzahlung, gleichsam ein passiver Kauf.

Diese Schuld-Uebernahme ist dem Verfasser nun ein durchaus selbstständiger deutschrechtlicher Contract. Sie ist aber I. nicht 1. Delegation, Expromission, denn diese sind Unterarten der Novation, Verbalcontracte, während die Uebernahme ein materieller Contract ist und mithin einen Grund voraussetzt. 2. Sie ist nicht Expromission, nicht Delegation, in welchen beiden Fällen die alte Obligation untergeht, also die Pfandrechte aufgehoben, der Zinsenlauf gehemmt, die Bürgen befreit werden, während die Uebernahme, welche zwischen dem Schuldner und Uebernehmer vollzogen wird, die alte Schuld d. h. die übernommene Schuld nicht aufhebt, sondern deren Fortbestand mit ihren Accessionen sichert. 3. Nicht Expromission und Delegation, welche den alten Schuldner befreien, was bei der Uebernahme nicht nothwendig der Fall ist. 4. Bei der Expromission ist die Uebernahme des alten Schuldners nicht wesentlich, bei der Uebernahme umgekehrt die Mitwirkung des Gläubigers. 5. Allgemein ausgedrückt: Expromission und Delegation sind Verträge auf dem Gebiete des Obligationenrechts, die Uebernahme bezieht sich auf Schulden in ihrer Bedeutung als Verkehrsmittel, und hat also mit jenen römischen Geschäften keine Verwandschaft. Auch die Delegation als Consensualcontract betrachtet, hat mit der Uebernahme nichts gemein (gegen Fein's Beiträge zur Lehre von der Novation und Delegation, Jena 1850 S. 24—28.) da der Beitritt des Gläubigers zur Uebernahme, wenn er erfolgt, in der Regel nicht gleichzeitig bewirkt wird. — Die Uebernahme ist auch nicht II. Intercession. Denn diese ist Obligirung zu Gunsten des Gläubigers eines andern, als solchen, mittelst Verhandlung mit diesem Gläubiger, der Uebernehmer dagegen verhandelt mit dem Schuldner

Digitized by Google

und durchaus nicht zu Gunsten der Gläubiger. Der Bürge insbesondere verpflichtet sich freiwillig, ohne eine Verbindlichkeit gegen den Schuldner erfüllen zu wollen und hat Anspruch auf Entschädigung, während Uebernahme die Natur der Erfüllung oder Gegenleistung hat. — Auch nicht III. constitutum debiti alieni. Denn 1. der Constituent schließt einen Vertrag mit dem Gläubiger, der Uebernehmer dagegen mit dem Schuldner; leistet er später dem Gläubiger ein Zahlungsversprechen, so kann man nicht mehr von einem „debitum alienum" reden, weil eine übernommene Schuld recht eigentlich zum Passivvermögen des Uebernehmers gehört. 2. Das constitutum kann wider den Willen des Schuldners erfolgen, die Uebernahme nicht. 3. Die Uebernahme bewirkt Singular-Succession, das constitutum bringt zwei nebeneinander stehende Obligationen hervor. — Auch nicht IV. Zahlungsauftrag (wie Koch Uebergang der Forderungsrechte S. 51. §. 2. behauptet). Denn 1. der Beauftragte ist nur Stellvertreter des Schuldners, Minister solutionis, der Uebernehmer ist successor. 2. Das Mandat erlischt mit dem Tode des einen oder des andern Theils, es kann gekündigt, darf aber nicht weiter übertragen werden, es beruht auf der Voraussetzung der Unentgeltlichkeit, alles Eigenthümlichkeiten, welche bei der Uebernahme nicht gelten. Auch nicht V. ein unbenannter Vertrag, mittelst dessen sich jemand gegen den Schuldner anheischig macht, an dessen Gläubiger Zahlung zu leisten, aus den so eben ad IV. 1 angeführten Gründen. VI. Auch nicht Anweisung, die jedesmal einen doppelten Auftrag enthält, an den Assignaten, einem Dritten Zahlung zu leisten, an den Assignatar, die Zahlung zu erheben, obgleich in der Regel nur einer dieser Aufträge ausdrücklich, der andere stillschweigend ertheilt wird. Die passive Anweisung unterscheidet sich von der Uebernahme gerade eben so, wie die active von der Cession, d. h. dadurch, daß Cession und Uebernahme Succession wirken, während die Anweisung in beiden Formen nur ein Versuch ist, Schuldverhältnisse durch Zahlung abzuwickeln. Auch nicht VIII. das Verhältniß des adjectus solutionis causa

Digitized by Google

(wie Koch Uebergang S. 51. geglaubt hat). Der adjectus wird gleich bei Eingehung der Stipulation genannt, so daß dem Schuldner ein Recht erwächst, an den adjectus Zahlung zu leisten (L. 52. §. 3. L. 106. desolut. C. 46, 3,) so wie daß der Schuldner die Wahl hat, ob er an den creditor oder an den adjectus zahlen will. Der Uebernehmer kann nur an den Gläubiger zahlen, wenn er die Schuld tilgen will, die er übernommen hat, da derjenige, dem er die Schuld abgenommen, in Bezug auf diese Schuld nicht Gläubiger ist. (Entsch. XX. S. 178.)

Der Verfasser geht nun (S. 34.) zur Erörterung über, nach welchen Rechtsvorschriften die in dieser Lehre vorkommenden Fragen und Zweifel zu entscheiden. Die Uebernahme ist, wie schon bemerkt, deutschen modernen Ursprungs, wie sich schon daraus ergibt, daß das römische Recht keine brauchbare Analogie darbietet, daß vielmehr die passive Uebertragung der Obligationen in ganz anderer, uns völlig abhanden gekommener Weise bei den Römern bewirkt worden; ein Institut unseres gemeinen Rechts, welches entschieden nicht römisch ist, kann nur deutscher Abkunft sein. Angewandt werden können hier also die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts nur insoweit, als sie dem Grundgedanken des Instituts nicht widersprechen. Ganz ausgeschlossen kann das römische Recht aber auch nicht werden, da die Uebernahme der Schulden ein Institut ist, welches sich erst nach Einführung des römischen Rechts, also unter dem Einfluß desselben ausgebildet hat. Insbesondere ist es anzuwenden, wenn es sich um die Folgen der Obligation als solcher und um die Nebenbestimmungen und Zusätze, z. B. um den Einfluß der Liberation und Agnition handelt, ausgeschlossen bleibt es dagegen, wenn Forderungen und Schulden als Vermögensstücke und die Folgerungen aus dieser Natur derselben in Betracht kommen. Namentlich ist es durchaus unzulässig, die ganz abweichenden Grundsätze über Novation und Delegation anzuwenden. Hier muß also das deutsche Recht angewandt werden, und da dieses besondere Rechtsgrundsätze für die Uebernahme nicht darbietet, das Institut viel-

Digitized by Google

mehr nach und nach im Volks- und Geschäftsleben, und zwar ohne alle Beachtung und Pflege der Wissenschaft sich entwickelt und ausgebildet hat, so ist es die Natur der Sache — diese berühmte deutsche Rechtsquelle, s. auch Beseler System des gem. deutsch. Privat-Recht Bd. I. S. 112, — an welche wir uns zu halten haben. Auch aus dem preuß. Rechte können die §§. 399. A. L. R. I, 14. und §. 5, 64. ff. I, 16. A. L. R., welche die römische Exprömission und Delegation wiedergeben sollen, nicht hierher gezogen werden, wie auch vom Obertribunal in der oben bezogenen Stelle Entsch. XX. Seite 178. anerkannt.

Besonders erörtert der Verfasser noch (S. 36. ff.) a. die stillschweigende Uebernahme, die sich in Geschäften, welche auf Uebertragung eines ganzen Vermögens oder einer Erbschaft unter Lebenden gerichtet sind, begibt. Namentlich 1. Erbschaftskauf. 2. Verwendung eines ganzen Vermögens zu einer dos. L. 72. pr. de jure dot. (22. 3.). Ob man hier von Savignys und Delbrücks Ansicht, daß der Dotirte unbedingt die Schulden zahlen müsse, billigen könne, ist sehr fraglich, da das Fragment blos sagt, non plus esse in promissione bonorum, quam quod superesset deducto aere alieno, woraus unsres Bedünkens nicht folgt, daß der Mann für mehr, als die Aktiv-Masse der dos bietet, aufkommen müsse. 3. Schenkung des ganzen Vermögens; hier entsteht dieselbe Frage. 4. Schenkung einer Erbschaft. L. 28. ff. de donat c. 39. 5.). 5. Verwendung einer Erbschaft zu einer dos (wie Nr. 2. und 4.) 6. Vitalizienkontract. 7. Societas omnium bonorum, indem nach Hasse im Archiv für civilist. Praxis II. 31. die bloße Abrechnung der Schulden im Sinne des römischen Rechts (L. 3. ff. pro socio c. 17., 2.) jetzt als Uebernahme der Schulden für den betreffenden Gesellschaftsantheil erscheine. Hierhin wird auch gerechnet die eheliche Güter-Gemeinschaft in Ansehung der vorehelichen Schulden, wo sogar die Ausbedingung des Gegentheils nichtig ist, sofern der Fall des §. 392. A. L. R. II. 1. nicht vorliegt. — S. 39.

Digitized by Google

wird die Frage erörtert, ob Jemand, der ein kaufmännisches Geschäft im Ganzen erwirbt, stillschweigend die Schulden des Geschäfts mit übernommen habe. Der Verfasser bemerkt dagegen, daß der Umfang der zu einer Handlung gehörenden Vermögensstücke im Gegensatze zum Privatvermögen des Inhabers von der Willkühr des letzteren abhängig sei, er ja noch im Augenblicke des Verkaufs willkührlich Vermögen aus der Handlung ziehen könne. Mit Recht wird daher auf die Erforschung der Absicht der Contrahenten verwiesen, dasselbe ist der Fall beim Eintritt eines neuen Gesellschafters in ein unter einer Firma bereits bestehende Handlungsgeschäft; wobei die Frage, ob der eintretende für die älteren Schulden der Firma hafte, bestritten. (S. 40.) Wenn Manche eine solche Handlung für eine juristische Person gehalten, so ist dem von Anderen bündig widersprochen, und richtig daher wohl die Ansicht, nach welcher der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine Firma, die Uebernahme der ältern Schulden der Firma nicht von selbst mit sich bringe (S. 40), obgleich denn doch aus der Natur der Sache und der zu achtenden bona fides wohl de lege ferenda gewichtigen Gründe für die Haftbarkeit dem Publikum gegenüber sprechen dürften. Der Beschenkte wird dagegen gemeinrechtlich nicht als Uebernehmer angesehen.

Der Verfasser erörtert ferner (S. 41. ff.): welche Schulden können übernommen werden? Er nimmt an 1. Jede wahre Schuld kann übernommen werden, die durch positive Vorschrift eingeführten Beschränkungen der Cession der Forderungen gelten hier nicht. Das obligatorische Verhältniß als solches kann nicht übertragen werden, es können daher nur einzelne selbstständig gewordene Erzeugnisse dieses Verhältnisses Gegenstand der Uebernahme sein. Zum Beispiel wenn der Verpachter das verpachtete Grundstück verkauft und der Käufer sich zur Fortsetzung des Pachtverhältnisses mit dem Pächter verpflichtet, sollen die Grundsätze von der Uebernahme keine Anwendung auf diese Abrede finden; die Praxis ist denn doch zweifelhaft, siehe die S. 42. Not. 77. angeführten Götz und Strippelmann. 3. Wahre

Digitized by Google

Schulden sind nur diejenigen Verpflichtungen, welche fähig sind, Bestandtheile eines Passivvermögens und zwar eines jeden Passivvermögens zu sein. Ausgeschlossen bleiben demnach alle Verpflichtungen, welche nicht vermögensrechtlicher Natur sind, und die, welche auf Herausgabe einer individuell bestimmten Sache gerichtet sind, weil nur der Besitzer tradiren kann, somit, wenn dem Uebernehmer tradirt würde, nur ein Mandat vorliegen könnte. 4. Accessorische Verpflichtungen können nicht übernommen werden, da sie nicht selbstständig Gegenstand des Verkehrs sein können; so ganz allgemein und ohne Ausnahme dürfte dieser Satz aber doch wohl nicht feststehen. Warum sollte z. B. der Vermögensübernehmer den Bürgschaftsverpflichtungen seines Cedenten, ob gleich solche auch accessorisch sind, z. B. bei einer Handlung, entgehen können? 5. Dagegen können auch ungewisse und bedingte Schulden übernommen werden, in so weit es möglich ist, sie als Gegenstand des Verkehrs zu betrachten.

Der Verfasser wendet sich S. 42. zur Behandlung verzinslicher Schulden. Er läßt die Zinsen als Frucht übergehen, erklärt es aber nicht für Wucher, wenn der Uebernehmer die Zinsrückstände zu verzinsen verspricht, weil er die Zinsen nicht als solche schuldig sei, vielmehr die Zinsforderung, insofern sie als Zahlungsmittel diene, die Natur der Sache annehmen, Schuld überhaupt sei und ihrer Seits wieder Früchte tragen könne.

Der dritte Abschnitt (S. 45.) erörtert das Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer. Die Uebernahme erscheint regelmäßig als Erfüllung eines Kontrakts. Der Akt der Uebernahme wirkt daher auf den Grund derselben ein, wie Erfüllung des Contracts überhaupt, d. h. beide Theile stehen nach vollzogener Uebernahme zu einander in dem Verhältnisse der Contrahenten nach der Erfüllung, in dem Verhältnisse des aufgehobenen Verhältnisses, in gar keinem Verhältnisse. War also der Grund eine Schenkung, so ist mit der Uebernahme die Schenkung vollzogen; war das Geschäft ein auf Gegenseitigkeit beruhendes,

Digitized by Google

so liegt in dem Akt der Uebernahme die Vollziehung der Leistung beziehungsweise Gegenleistung; sollte insbesondere durch Uebernahme eine Schuld des Uebernehmers gegen den Schuldner getilgt werden, so liegt in dem Akt der Uebernahme der modus solvendi: Uebernahme ist dann Zahlung. Der Verfasser bringt daher darauf, dieses Aufhebungsmittel von Obligationen durch Uebernahme in den Lehrbüchern unter die modi solvendi obligationem aufzunehmen. Es folgt aus jenem Satze, daß die Forderung des Käufers auf Kaufgeld untergeht, sobald und insoweit der Käufer Schulden des Verkäufers in Rechnung auf das Kaufgeld übernommen hat, wie das dann auch dem Leben entspricht, wo der Verkäufer dem Käufer unbedenklich Quittung über den Empfang des Kaufpreises auf Höhe der übernommenen Schulden, und zwar gleich im Kaufkontrakte selbst zu ertheilen pflegt. So läßt auch die Verordnung vom 4. März 1834. über den Subhast.-Prozeß §. 19. den Kaufpreis durch Uebernahme von Hypothekenschulden oder durch Zahlung berichtigen. Koch erklärt auch (Uebergang der Forderungrechte S. 361.) die Uebernahme für einen modus solvendi, so wie mehrere Obertribunals-Erkenntnisse (Entscheid. I. 97. XX. 173. X. 152.). Der Verfasser bestreitet dann auch (S. 47.), daß der Schuldner im Fall des Kaufs berechtigt sei, mit der Kaufklage Baarzahlung zu verlangen, indem er annimmt, daß die Befreiung des Schuldners kein nothwendiger Bestandtheil des Geschäfts sei, und daß der Verkäufer nicht berechtigt sei, eine andere Art der Erfüllung zu verlangen. Mit der Klage auf Liberation kommt der Verkäufer indirekt ebenfalls zu seinem Gelde. Dagegen treten mit Zulassung der Klage auf Zahlung mancherlei Inconvenienzen ein, namentlich in Ansehung der Fälligkeit und des Zinsenpunktes, sowie im Fall mehrerer auf einander folgender Uebernahmen. Freilich können die Partheien ausdrücklich verabreden, daß der Erfolg der Uebernahme erst mit der Befreiung des Schuldners eintrete, und im Falle der Nichtbefreiung das Recht auf Baarzahlung vorbehalten bleibe. — Als rechtliche Folge der Uebernahme als solcher

Digitized by Google

bezeichnet der Verfasser: der Uebernehmer hat dem Schuldner dafür zu haften, daß er nicht in Anspruch genommen werde. Geschieht dies demnoch, so ist der Uebernehmer dem Schuldner regreßpflichtig, er hat alsdann entweder den Gläubiger zu bezahlen, oder ihn zu der Erklärung zu bewegen, daß er den Schuldner aus der Verbindlichkeit entlasse, oder er wartet ab, ob der Gläubiger nicht von selbst die Uebernahme anerkennen und sich lediglich an ihn halten werde. Im letztern Falle hat der Schuldner keineswegs das Recht, den Uebernehmer zu irgend einer positiven Thätigkeit in Bezug auf die noch bestehende Verbindlichkeit zu drängen, er kann weder Sicherheitsbestellung, noch Zahlung an den Gläubiger, noch Beschaffung der Liberation verlangen (L. 2. Cod. de hered. vend.) Der entgegengesetzten Ansicht von Savigny (System IV. 138.), daß der Geber die Liberation mit einer actio praescriptis verbis nach L. 22. de donat. verlangen könne, setzt Delbrück mit Recht entgegen, daß nach jener Constitution die Liberation ausdrücklich zugesagt war („ut creditoribus tuis solveret.") — Was nun das Preußische Recht betrifft, so verordnet der §. 3. der Declaration vom 21. März 1835. in Bezug auf Uebernahmen in Abrechnung auf das Kaufgeld: „Wenn jedoch der Erwerber nicht blos die Pfand- oder Hypothekenschulden übernimmt, sondern sich außerdem zu deren Tilgung persönlich verpflichtet, so ist der Veräußerer befugt, seinen Anspruch aus diesem Versprechen dem Gläubiger abzutreten." Es ergibt sich aber aus den Motiven (Löwenberg Bd. I. S. 334.), daß über den Fall, wo der Erwerber sich persönlich zur Tilgung der Schulden nicht verpflichtet hat, der Gesetzgeber darum geschwiegen hat, weil die Kaufverträge über diesen Gegenstand so verschieden abgeschlossen zu werden pflegen, daß es manchmal äußerst zweifelhaft bleibe, was für Befugnisse der Verkäufer eigentlich cediren könne, und weil man zuvörderst abwarten wolle, wie die Praxis dieserhalb bei den Gerichten sich bilden werde, oder, wie der Verfasser glaubt, mit andern Worten, weil man über das Wesen des Rechtsinstituts

Digitized by Google

der Schulden-Uebernahme nicht im Klaren war. Nach vielfachen Schwankungen der Praxis (Ergänzungen zum A. L. R. I. 20. §. 53. 54. Ausg. 3. S. 455. A. a. b.) kam es endlich zum Plenarbeschluß des Obertribunals vom 14. Februar 1842. „durch die bloße Uebernahme hypothekarischer Schulden auf Abrechnung des Kaufgeldes von Seiten des Käufers wird derselbe gegen den Verkäufer persönlich verpflichtet, Zahlung der übernommenen Post zu leisten oder die Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit gegen den Hypothekengläubiger zu bewirken.“ Der Verfasser hält diese Entscheidung für irrig, wenn gleich durch die Declaration vom 21. März 1835. angebahnt, und bemerkt (S. 54.), daß die vom Verfasser bekämpfte Ansicht in dem Beschlusse des Ober-Appellationsgerichts zu Cassel, daß der Uebernehmer verpflichtet sei, den Schuldner zu befreien, daß es ihm aber überlassen bleiben müsse, auf welche Art er die Befreiung bewirken wolle, den klarsten Ausdruck gewonnen habe, denn wenn das Berliner Obertribunal den Uebernehmer verpflichte zu zahlen oder zu befreien, so lasse sich leicht einsehen, daß Zahlung auch nur eine Art der Befreiung ist, und daß deshalb die Alternative entbehrt werden kann. Die Quelle der irrthümlichen Ansicht, daß der Uebernehmer den Schuldner befreien müsse, findet der Verfasser (S. 54.) in Anwendung der Grundsätze der römischen Delegation.

Der vierte Abschnitt (S. 56.) handelt das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner ab. Dies Verhältniß wird durch die Urbernahme an und für sich nicht berührt. Allerdings scheidet das Passivum aus dem Vermögen des Schuldners aus, aber dieser Uebergang betrifft nur die Schuld, insofern sie als Sache gedacht wird, nicht aber die Obligation, insofern sie ein persönliches Verhältniß, und als solches einer Uebertragung nicht fähig ist. Dem Gläubiger stehen also nach der Uebernahme zwei zur Zahlung verpflichtete Personen gegenüber, er kann sich nach freier Wahl an die eine oder die andere halten. Da er sich aber in der Regel an den Uebernehmer hält, so nimmt die Verbindlichkeit

Digitized by Google

des Schuldners thatsächlich eine subsidiäre Natur an. Die Befreiung des Schuldners ist ein selbstständiger Akt, der seinen eigenen Gesetzen folgt. Als selbstständige Erlöschungsgründe der Verbindlichkeit des Schuldners werden angeführt 1) Entlassung des Schuldners aus der Verbindlichkeit Seitens des Gläubigers (Exneruation, Liberation). Aus der bloßen Annahme der Erklärung des Uebernehmers folgt diese noch nicht, auch nicht aus der Annahme von Zins- oder Abschlagszahlungen vom Uebernehmer, der Gläubiger muß ja Zahlungen von Dritten annehmen, sofern der Schuldner nicht widerspricht (A. L. R. I. 16. §, 49 — 51). Die hier früher vermuthete Delegation ist nicht begründet. Auch die Anstellung der Klage gegen den Uebernehmer enthält keine Entsagung, ungeachtet der L. 2. C. de pactis, die zu singulär ist, um ausgedehnt werden zu dürfen. Ob eine solche Entsagung in der Erklärung des Schuldners, er genehmige die Uebernahme oder er trete dem Vertrage bei, liege, ist nach den Umständen, nach der erkennbaren Absicht des Gläubigers zu ermessen. Ist der Akt der Uebernahme nichtig oder wird rescindirt, so wird, wenn der Gläubiger dies gewußt, eine Schenkung als beabsichtigt angenommen, wobei freilich nach Preußischem Rechte die Frage eintritt, in wie weit bei Objekten über 50 Thaler konkludente Handlungen die Stelle der schriftlichen Form ersetzen können. 2) Ein fernerer selbstständiger Erlöschungsgrund ist die Verjährung. Diese kann nicht Statt finden, so lange der Uebernehmer seine Verpflichtung, namentlich durch Zins-Zahlung, erfüllt. (S. Plen. Beschluß vom 2. Mai 1842 in den Entscheidungen VIII, 13.) Der Verf. stellt hier (S. 60.) die Behauptung auf, daß der Beschluß unrichtig gefaßt, da eine Klageverjährung, die noch gar nicht angefangen, auch nicht unterbrochen werden könne; und daß daher richtiger der Beschluß dahin zu fassen gewesen wäre, die Verjährung könne nicht beginnen, so lange der Besitzer der Hypothek oder Uebernehmer die Verpflichtungen des Schuldners erfülle. Der Verf. behauptet daher auch, wenn zur Zeit der Uebernahme die Klageverjährung bereits begonnen

Digitized by Google

habe, sei es, daß der Schuldner mit der Zahlung der Zinsen in Rückstand verblieben, sei es, daß Kündigung erfolgt und die Kündigungsfrist abgelaufen (v. Savigny System Bd. 5. Seite 296. 306.), nach erfolgter Uebernahme zahle aber der Uebernehmer die rückständigen Zinsen und der Gläubiger mache von der Kündigung keinen Gebrauch, sondern lasse das Kapital stehen — könne in der Regel nicht angenommen werden, daß die Zinszahlung des Uebernehmers die in Ansehung des Schuldners bereits begonnene Verjährung unterbreche. Es wird hier aber blos darauf ankommen, ob der Uebernehmer unter Zuziehung des Schuldners übernommen habe, und dann wird seine Zahlung als die des Schuldners anzusehen, somit die Verjährung unterbrochen sein, der Uebernehmer ist des Schuldners Vertreter, seine Zahlung ist Anerkenntniß Namens des Schuldners. Nur in dem seltenen Falle also, wo die Uebernehmung ohne Concurrenz des Schuldners erfolgt, wird von einer dem letzteren entgegenstehenden Verjährung die Rede sein können. 3) Auch durch Confusion kann die Schuld untergehen. Und zwar a) wenn der Schuldner vor erfolgter Entlassung, jedoch nach der Uebernahme, Inhaber der Forderung wird, gehört die Schuld, insofern sie Gegenstand des Verkehrs ist, nach der Uebernahme zum Vermögen des Uebernehmers, und wenn daher auch der Schuldner die Forderung erwirbt, so gehören dennoch Schuld und Forderung keineswegs zu demselben Vermögen. Der Schuldner würde ja sonst ohne allen Grund einen Theil seines Vermögens einbüßen, der Uebernehmer aber einen ihm nicht zukommenden Gewinn machen. Wohl aber wird nach dem Verfasser (S. 52.) falls der Schuldner den Gläubiger oder der Gläubiger den Schuldner beerbt, die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners durch Confusion aufgehoben, da sie lediglich Folge der Obligation ist, diese aber, soweit sie als persönliches Verhältniß in Betracht kommt, untergeht. Veräußert also der Erbe die Forderung, so hat der Erwerber kein Klagerecht gegen den Erben aus der alten Obligation, sondern nur etwa aus der Cession auf Gewährleistung. Auch der Fall ist denkbar, daß der

Digitized by Google

Gläubiger dem Schuldner die Forderung cedirt, und zwar eben deshalb, weil die Schuld nach der Uebernahme eine von der Obligation gesonderte selbstständige Existenz als Gegenstand des Verkehrs erhalten hat und daher auch Objekt eines Rechtsgeschäfts zwischen beiden sein kann, vorausgesetzt, daß der Schuldner an den Gläubiger gezahlt hat, nicht um die Forderung zu tilgen, sondern um sie zu kaufen. Denn der Schuldner hat, falls er nach erfolgter Uebernahme in Anspruch genommen wird, die Wahl, ob er die Schuld tilgen und Entschädigung vom Uebernehmer verlangen, oder ob er sie bestehen lassen will. Im Fall der Cession wird aber auch nicht einmal die obligatorische Verbindkeit aufgehoben, denn es treffen dann keineswegs der active und passive Bestandtheil der Obligation zusammen, sondern es erwirbt nur der obligatorisch Verpflichtete die Forderung, insofern sie Sache ist. Cedirt also der Schuldner weiter, so steht er dem Cessionar als Cedent und als Schuldner gegenüber. (Obertrib. Erlaß v. 23. April 1844, Entsch. XI, 303—311. Erkenntniß v. 6. April 1847, Entsch. XV, 221.) Der Verfasser theilt bei dieser Gelegenheit im zweiten Anhange S. 129 — 133 Erkenntnisse des Kreis-Gerichts zu Bergen, des Greifswalder Appellations-Gerichts und des Obertribunals mit, die anziehend sind. Der Angeklagte hatte vom Kläger eine Fabrik erkauft, in Abrechnung auf das Kaufgeld hypothekarische Schulden des Klägers übernommen, den Kläger binnen einer gewissen Frist zu liberiren versprochen, und die Schuldverschreibungen der Gläubiger mit dem Agnitionsvermerke versehen. Bei der Proklamation des Grundstücks (Aufforderung der Real-Prätenden) wurden noch andere nicht übernommene Realforderungen angemeldet. Der Verklagte bewirkte die Liberation des Klägers nicht, die Gläubiger wollten mit ihm nicht in Verbindung stehen und drängten auf Zahlung, so daß sich Kläger entschloß, dieselben für Rechnung des Verklagten zu befriedigen, indem er sich ihre Rechte zu den einzelnen Verschreibungen („ohne Neuerung, jedoch auch ohne Gewährleistung") cediren ließe. Kläger verlangte nach erfolgter Kündigung Zahlung auf

Digitized by Google

Höhe der gedachten Forderung, nebenbei auch Zinsen vom Kaufgelder-Rückstand. Der Verklagte setzte der Klage den Einwand der drohenden Eviction mit Rücksicht auf die bei der Proklamation erfolgten Anmeldungen entgegen. Das Kreisgericht zu Bergen erkannte dahin, daß Verklagter schuldig, die eingeklagten Kapitalien zu zahlen, bei dem zweiten Klagepunkte dagegen Kläger mit seinem Antrage auf Zahlung des Zinsrückstandes von 121 Thlr. 6 Sgr. zur Zeit abzuweisen. Die Entscheidung ward darauf gegründet, daß die angemeldeten, vom Verklagten nicht übernommenen Forderungen den Kaufgelderrest der 3330 Thlr. um 560 Thlr. 1 Sgr. 2 Pf. übersteigen, und Verklagter auf Grund des Fr. 18. de peric. und der const. 24. de evict. allerdings befugt sei, die eingeklagten Zinsen zu retiniren, bis ihm Sicherheit geleistet sei. Das Appellations-Gericht zu Greifswalde und das Ober-Tribunal hoben das Erkenntniß aber auf, wiesen den Kläger schlechtweg ab. Der Appellationsrichter nahm an, dadurch allein, daß der Verklagte die erwähnten Schulden auf das unbezahlte Kaufgeld übernommen habe, sei der Kläger als Verkäufer von seiner Schuldverbindlichkeit nicht frei geworden, hierzu sei vielmehr die Zustimmung der Gläubiger und die Entlassung des Klägers aus dem Schuldnexus erforderlich gewesen. Eine solche Novation liege nicht vor. Sei nun aber Kläger durch die vom Verklagten übernommene Verpflichtung nicht frei geworden von seiner Schuld, so habe er durch die seinen Gläubigern geleistete Zahlung nicht eine Schuld des Verklagten, sondern seine eigene getilgt. Mit dieser Zahlung und durch dieselbe sei das Forderungsrecht der bezahlten Gläubiger und als accessorium die dafür bestellte Hypothek erloschen. Dies vorausgesetzt aber habe eine Cession des Forderungs- und Klagerechts dieser Gläubiger an den Kläger mit rechtlicher Wirksamkeit nicht stattfinden können, weil eben diese nur rücksichtlich eines noch bestehenden Rechts gedacht werden könne. Haben nun die vom Verklagten übernommenen Schulden zu existiren aufgehört, so könne von einer Verpflichtung des Verklagten, dieselben zu bezahlen, und von einer Einklagung ex jure

Digitized by Google

cesso der befriedigten Gläubiger nicht weiter die Rede sein, vielmehr, da insoweit die Bestimmung des §. 4. des Kaufkontrakts — Verabredungen in Betreff der Zahlung, namentlich auch die Uebernahme in partem pretii — ihren Gegenstand und Zweck verloren habe, dem Kläger nur das Recht zustehen, denjenigen Theil des Kaufgeldes, welcher zur Tilgung der gedachten Schulden vom Verklagten sollte zurückbehalten werden können, gegen denselben mit der Kaufklage einzufordern. Dasjenige, was der Verklagte dem Kläger zu zahlen habe, sei Kaufgeld, der actio venditi stehe aber, wie der erste Richter rücksichtlich des zweiten Klagepunkts mit Recht angenommen habe, die Einrede der drohenden Eviction und folgeweise des Rechts zur Retention der Kaufgelder entgegen. Das Obertribunal bestätigte dies Erkenntniß. Es nahm an, dem zweiten Richter müsse darin beigetreten werden, daß aus der Abfindung oder Zahlung der Gläubiger dem Kläger allein kein Klagerecht gegen den Verklagten erwachsen sei, wenn man dasselbe nicht auf ein obligatorisches Verhältniß zwischen Beiden stütze, oder — wie sogar in der Revisionsrechtfertigung zugegeben werde — auf das Kaufgeschäft zurückgehe. Man könne in dieser Beziehung davon absehen, daß nach Inhalt der Klage die sämmtlichen vom Kläger befriedigten Gläubiger die Interception des Verklagten nicht einmal haben annehmen wollen. Denn der Verklagte habe seine Anerkenntnisse der Gläubiger ausdrücklich dadurch begründet, weil diese Schulden ihm vom Verkäufer der Fabrik in Abrechnung des Kaufgeldes überwiesen worden, wodurch allein schon der Kaufvertrag als ein documentum relatum sich darstelle. Soviel sei gewiß, daß, nachdem — wie es in diesen Reversen heiße — Verklagter die Schulden ohne Neuerung agnoscirt, Kläger selbst von seiner Verbindlichkeit nicht frei geworden, daß vielmehr nur ihm Verklagter als correus debendi hinzugetreten. Hat nun Kläger diese Schulden gezahlt, so sei damit die Schuld getilgt, die Verpflichtung des andern correi debendi beendet, dieser von derselben befreit worden. (L. 2. D. depositi 16. 3.) Die Correal-Obligation an sich sei kein Grund

Digitized by Google

einer Gemeinschaft unter den correis, ein Regreß des, das Ganze zahlenden Gläubigers gegen die andern könne daher nicht schon durch die Existenz einer Correalschuld allein begründet werden. (L. 39. de fidejuss. 46. (1.) L. 26. de duobus reis (8 40) L. 62. D. ad L. falcid (95 2) L. 30. de negot. gest. (3, 5). Kläger stelle nun das Rechtsverhältniß so dar, als seien ihm von den Gläubigern deren Rechte an den Verklagten cedirt worden, und glaube deßhalb sogar das Ganze gegen denselben einklagen zu dürfen. Der Klage aus der Cession stehe jedoch entgegen, daß Verklagter die fraglichen Schulden nach seinen sogenannten Agnitionen nur übernommen habe in Abrechnung des Kaufgeldes, daß daher der von ihm verlangte Betrag die Natur des Kaufgeldes behalten habe. Da Kläger den Kaufvertrag als Klagfundament nicht habe unterlegen wollen, habe er mit der Klage, wie solche angebracht, nur abgewiesen werden können, als womit es der Sache nach dasselbe sei, daß der zweite Richter ihn statt dessen zur Zeit abgewiesen habe. Delbrück bemerkt (S. 132.) vom zweiten und dritten Richter seien hier folgende in der vorliegenden Schrift dargelegte Rechtsgrundsätze nicht beachtet: 1. Uebernahme ist Zahlung. 2. Nach erfolgter Uebernahme kann der Schuldner die Forderung kaufen. 3. Der Uebernehmer ist dem Schuldner regreßpflichtig. Die Unrichtigkeit der Annahme, daß Kläger die Kaufklage hätte anstellen müssen, trete noch greller hervor, wenn man sich den Fall anders denke, z. B. der Gläubiger wäre gestorben und hätte mehrere Personen, unter diesen auch den Schuldner, als Erben hinterlassen. Dann würden die Miterben unbedingt die alte Forderung einzufordern berechtigt gewesen sein, während der Antheil des Schuldners sich in eine Kaufgelderforderung verwandelt hätte. Um die Confusion weiter abzuhandeln, setzt der Verfasser (S. 62.) den zweiten Fall: der Uebernehmer erwirbt die Forderung und cedirt sie weiter. Im Allgemeinen geht die Forderung selbstredend unter, wenn der Uebernehmer sie durch Cession oder Erbgang erwirbt. Eine Ausnahme macht freilich die durch §. 52. Anhang

Digitized by Google

und Declaration vom 3. April 1824. und die Jurisprudenz ausgebildete Hypothek des Eigenthümers, über welche der Verfasser sich einigermaaßen verbreitet, indem er annimmt, daß Eigenthum der Forderung und Eigenthum des belasteten Grundstücks nebeneinander bestehen, somit die hypothekarische Eintragung ebenso wie das beneficium inventarii und der Erbschaftskauf (L. 2. §. 18. D. de hered vend. L. 9. D. comm. praed) die Confusion abwenden, wie denn auch nach Art. 10. der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung der Wechsel selbst an den Aussteller ꝛc. gültig indossirt und von demselben weiter indossirt werden kann. — Die wissenschaftliche Erklärung findet der Verfasser in dem Unterschiede zwischen Obligation und Schuld; erstere, sofern sie ein Verhältniß zwischen Personen ist, geht unter durch Confusion, die Schuld aber, sofern sie Sache ist, kann bestehen bleiben. Lediglich der Wille des Schuldners resp. des Gläubigers ist es, dem es frei steht, die Forderung als Bestandtheil des Activ-Vermögens und die Schuld als Bestandtheil des Passiv-Vermögens aufrecht zu erhalten. Der Wille muß nur im Augenblick der Vereinigung, und erkennbar für Andere ausgesprochen sein. Der Verfasser läßt den Schuldner und Gutseigenthümer, der die Activ-Forderung erworben und nachher wieder veräußert hat, dem neuen Erwerber in doppelter Eigenschaft gegenüber stehen, nicht blos als Cedent, sondern auch als Schuldner und zwar als Schuldner aus der ursprünglichen Obligation, welche, wenn sie auch als persönliches Verhältniß untergegangen, dennoch als juristischer Grund der Forderung fortbestehe; als Schuldner stehe er dem neuen Erwerber deßhalb gegenüber, weil die Schuld zu seinem Passiv-Vermögen gehöre. — Gelegentlich kommt nun der Verfasser (S. 67 — 69.) auch auf die in unsrem Archiv XIV. Nr. 2. 27. 32. 40. seiner Zeit von unsren Freunden Tilmann und Scheele gründlich abgehandelte Frage, ob, wie das Obertribunal im Erkenntniß vom 9. März 1844. (Entscheidungen X., 152.) angenommen, bei Subhastationen im Wege der Execution der Gläubiger insoweit, als seine Forderung durch das Kaufgeld gedeckt

Digitized by Google

wird, sein persönliches Recht gegen den ursprünglichen Schuldner auch durch die bei der Kaufgelderbelegung mit dem Käufer vereinbarte Uebernahme seiner Forderung von Seiten des letztern, verliere, ohne daß es dazu einer ausdrücklichen Entlassung des bisherigen Schuldners bedürfte. Der Ansicht des Obertribunals (der Gläubiger verlange Befriedigung und erhalte diese vollständig dadurch, daß der Adjudikatar seine Forderung übernehme, was einer Zahlung gleich stehe, indem die alte Schuld wie durch Zahlung aufgehoben und eine neue Schuld an deren Stelle getreten, somit von dem Rechte des Gläubigers aus der alten Obligation keine Rede mehr sein könne) widerspricht der Verfasser, indem (S. 68.) Uebernahme einer Schuld nicht den Untergang derselben bedeute (S. 26.), und bemerkt, daß von dem an sich richtigen Grundsatze: Uebernahme ist Zahlung, eine falsche Anwendung gemacht worden, da sie nur dem Verkäufer, nicht aber dem Gläubiger gegenüber Zahlung sei, maaßen bei der Subhastation immer der Schuldner und Besitzer der wahre Verkäufer sei, wenn auch das Gericht oder die Gläubiger als der verkaufende Theil genannt werden, so handeln sie doch immer nur als Vertreter des Eigenthümers, dessen Dispositions-Befugniß auf sie übergegangen. Dem Verfasser ist die Sache also die, der Schuldner verkauft und der Käufer (Adjudicatar) zahlt durch Uebernahme (erster Akt des Geschäfts). Die Gläubiger sind berechtigt, Baarzahlung zu verlangen, lassen sie sich die Uebernahme gefallen, so verzichten sie damit nicht blos auf Baarzahlung, sondern auf Befriedigung überhaupt, und sind damit einverstanden, daß die Forderung fortbestehe. Ihnen gegenüber ist also Uebernahme keineswegs Zahlung, weil der Uebernehmer nicht ihnen, sondern dem Schuldner das Kaufgeld, das er durch Uebernahme tilgt, schuldig ist. Wir haben überhaupt nie einsehen können, wie der Gesetzgeber vom 4. März 1834. so ohne weiteres zu der Rechtsverletzung habe kommen können, den Hypothekar-Gläubiger durch Anweisung einer Kaufgelderforderung, die vielleicht bei einer Resubhastation größtentheils verloren geht, ohne weiteres zu befriedigen, ein solcher

Digitized by Google

Sprung — durch die bisherige Gesetzgebung nicht vermittelt — kann nicht vermuthet werden, das Gesetz vom 4. März 1834. muß dem früheren Rechte möglichst angepaßt werden.

Der fünfte Abschnitt (S. 70.) hat das Verhältniß zwischen Gläubiger und Uebernehmer (die Klage) zum Gegenstande. Er stellt gleich den Satz an die Spitze: Der Gläubiger ist befugt, blos auf Grund der Uebernahme gegen den Uebernehmer zu klagen. Der Verfasser will diesen Beweis auf dreifache Weise führen, erstens aus dem Begriffe, zweitens aus dem Bedürfnisse des Verkehrs und drittens durch Berufung auf eine gleichförmige, Jahrhunderte hindurch beobachtete und unter den verschiedensten Formen wiederkehrende Gerichtspraxis, die nur hin und wieder, und namentlich in neuester Zeit durch den Einfluß des römischen Rechts gebrochen. Das Prinzip der Klagen gegen den Uebernehmer ist ihm (S. 71.): Jeder, zu dessen Aktiv-Vermögen eine Forderung gehört, ist berechtigt, die entsprechende Klage gegen den Schuldner anzustellen, und Jeder, zu dessen Passiv-Vermögen eine Schuld gehört, kann von dem Gläubiger mit der entsprechenden Klage belangt werden. Er setzt hier eine deutsche Ansicht der römischen entgegen. Der Mittelpunkt des römischen Rechts ist die Person, deren Wille die Rechtsverhältnisse absolut beherrscht, das deutsche Recht hat eine andere Auffassung, ihm ist das Eigenthum ein Amt. Das römische Recht knüpft Rechte und Pflichten an die Person und schützt solche durch das System seiner Klagen, das deutsche Recht sieht Forderungen und Schulden als Bestandtheile einer Vermögensmasse an, die Person klagt und wird nur verklagt, insofern sie Verwalter dieser Vermögensmasse ist, woher es dann kommt, daß man noch jetzt sagt, das Gesammtvermögen der Eheleute hafte für die Schulden u. s. w. Diese deutsche Ansicht macht dem Verfasser nun die Klage des Cessionars und die Klage gegen den Uebernehmer möglich. Die Person kann klagen und verklagt werden, nicht nur insofern sie rein persönlich-berechtigt und ver-

Digitized by Google

pflichtet ist, sondern auch, insofern sie Inhaber eines Vermögens ist, dem Forderungen zukommen, auf dem Schulden lasten. Da nun Cession die Forderung, und Uebernahme die Schuld in ein anderes Vermögen übertragen, so folgt, daß der Inhaber dieses andern Vermögens als solcher berechtigt ist zu klagen, wenn sein Vermögen verkürzt wird, und verpflichtet ist, sich auf die Klage des Gläubigers einzulassen, wenn Schulden auf seinem Vermögen lasten, auch wenn er persönlich in keinem obligatorischen Verhältniß zum Gegner steht. Das Vermögen ist also das Medium, durch welches Personen in ein Verhältniß zu einander gebracht werden, das sonst nur unmittelbar durch den Willen erzeugt werden kann. Der Verfasser vindizirt daher der Klage des Cessionars eine selbstständige Natur, es ist nicht Klage des Gläubigers als solchen, die er anstellt, und wenn der Uebernehmer verklagt wird, so ist es nicht die Klage gegen den Schuldner als solchen, auf die er sich einzulassen hat. Die Zugehörigkeit der Forderung macht die Aktiv-Legitimation, die Zugehörigkeit der Schuld die Passiv-Legitimation aus. Dem Verfasser sind die Klagen weder rein dinglicher noch rein persönlicher Natur, nicht dinglich, weil sie nicht geknüpft sind an den Begriff des Eigenthums und des Besitzes von körperlichen Sachen, und weil die Personen, zwischen denen sie verhandelt werden, schon vor der Rechtsverletzung bestimmt sind, während die Person des Verklagten bei der in rem actio erst durch die Rechtsverletzung sich bestimmt. Sie sind aber auch nicht persönlich, weil zwischen den Partheien kein obligatorisches Verhältniß statt findet, und weil überhaupt die Subjecte dieser Klagen nicht bestimmt werden durch eine Beziehung von Person zu Person, sondern durch Beziehung einer Forderung zu einem Vermögen. Eine Verwandschaft mit der in rem actio liegt hierin allerdings.

Der Verfasser entwickelt nun weiter, wie man sich in der Praxis bemüht, auf andere Weise ein Klagerecht gegen den Uebernehmer herzustellen; namentlich, einen besonderen Vertrag mit dem Uebernehmer abzuschließen (S. 76.), ihn durch ein besonderes Versprechen in persönliche Verbindlichkeit zu ziehen. Dem Verfasser

Digitized by Google

ist das unmöglich, da ein solcher Vertrag eine persönliche Klage im Sinne des Obligationenrechts nur dann hervorbringen könne, wenn er als Grund einer neuen selbstständigen Forderung des Gläubigers gegen den Uebernehmer gelten könnte. Allein Uebernahme ist Succession d. h. die alte Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner ist und bleibt Grund der Forderung; der fragliche Vertrag kann nicht einen zweiten Grund neben den ersten hinstellen, er könnte nur irgend etwas hinzufügen; nicht aber die persönliche Klage gegen den Uebernehmer, da ein Vertrag, mittelst dessen einer dem andern eine Klage, die sonst nicht begründet ist, gegen sich einräumt, nach L. 27. §. 2. D. de pactis unstatthaft ist. — Auch eine als letztes Mittel vorgeschlagene Cession der Klage des Schuldners aus der Uebernahme an den Gläubiger hält der Verfasser (S. 77.) für juristisch unmöglich. Das Recht des Schuldners auf Befreiung ist (S. 78.) keiner Abtretung fähig, weil es nicht selbstständiger Natur ist.

Der Verfasser kommt sonach (S. 80.), nachdem alle Versuche, dem Gläubiger eine Klage auf Umwegen zu verschaffen, gescheitert, dahin, daß entweder die directe Klage als eine in sich begründete zugelassen oder das Institut der Uebernahme durch Verweisung des Gläubigers auf den persönlichen Schuldner aller Lebensfähigkeit beraubt werde. Er entwickelt nun, wie die Praxis, selbst positiven Aussprüchen des römischen Rechts entgegen, (L. 25. de pactis L 7. de novat c deleg.) die direkte Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer ohne weiteres gestattet habe 1. beim Erbschaftskaufe (S. 81.), 2. bei der Schenkung des ganzen Vermögens (S. 82.), 3. Vitalitiencontrakt (S. 86.), 4. Uebernahme einer Schuld überhaupt (S. 88.), 5. Uebernahme bei Gelegenheit eines Leibzuchtvertrages und im Fall der ehelichen Gütergemeinschaft (S. 90.), 6. Uebernahme bei Gelegenheit eines Vergleiches (S. 91.), 7. Uebernahme beim Ankauf einer Handlung oder beim Eintritt in ein Handelsgeschäft als neuer Gesellschafter (S. 63.), 9. Uebernahme in Abrechnung auf das Kaufgeld (S. 97.) (Declaration vom 21. März 1835.)

Digitized by Google

Im sechsten Abschnitte (S. 108.) erörtert der Verfasser das Verhältniß zwischen Gläubiger und Uebernehmer im Uebrigen. I. Einreden, Vorrechte, Repliken. II. Agnition. III. Verträge zwischen Schuldner und Uebernehmer in Betreff der Schuld. IV. Priorität. V. Adjudication. VI. Unterschied der bloßen Zahlungs-Anweisung von der wirklichen Uebernahme (liegt in der direkten Klage). VII. Das Nebeneinanderbestehen der obligatorischen Verbindlichkeit des Schuldners und der Verpflichtung des Uebernehmers.

Der siebente Abschnitt (S. 117.) handelt von der Weiterübertragung der Schuld auf einen zweiten Uebernehmer. Der Verfasser findet darin keine Veränderung rücksichtlich des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner, auch nicht in dem zwischen Schuldner und erstem Uebernehmer. Dagegen wird allerdings das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem ersten Uebernehmer völlig verändert oder vielmehr gänzlich aufgehoben. Da der Verfasser den Uebernehmer überhaupt belangt werden läßt, weil jeder, zu dessen Passiv-Vermögen eine Schuld gehört, zum Gläubiger in einem ähnlichen Verhältniß stehe, wie der Besitzer einer Sache zum Eigenthümer, so hält er auch, indem mit dem Augenblick der Weiterübertragung die Schuld aufhört, Bestandtheil des Passiv-Vermögens des ersten Uebernehmers zu sein, den Gläubiger nicht mehr berechtigt, sich an ihn zu halten, gestattet ihm vielmehr fortan die Klage gegen den zweiten Uebernehmer mit derselben Wirkung wie gegen den ersten Uebernehmer. Freilich aber unter der Voraussetzung, daß der erste Uebernehmer sich gegen den Gläubiger nicht besonders verpflichtet hat. Ist das vielmehr der Fall, so kann dieser den Zwischenübernehmer so gut als den zweiten Uebernehmer anhalten.

Wir schließen hiermit die Anzeige eines sehr bedeutenden Werkes, welches auf der Grundlage des gemeinen Rechts und seiner Entwickelung in der deutschen Praxis zugleich die Preußisch-rechtlichen Verhältnisse abhandelt — ein Muster für solche wissenschaftliche Arbeiten, wie wir sie fast gar nicht haben. Dem

Digitized by Google

Verfasser bleibt eine bedeutende Stellung in der Rechtswissenschaft gesichert, und wir wünschen mehr solcher Bearbeiter unserer Rechtsdisciplinen. Grade weil solche Arbeiten so selten, haben wir die vorliegende mit einiger Umfänglichkeit dargelegt.

XLVII.

I. Kann die Bestimmung des allgem. Landrechts Thl. II. Tit. 2. §. 216. 217., daß, wenn der Vater nach zurückgelegtem 20sten Jahre des Sohns seinen Willen, den Sohn der väterlichen Gewalt zu entlassen, bei dem vormundschaftlichen Gerichte verlautbart, dieses zugleich alle Wirkungen einer Majorennitäts-Erklärung habe, 1) auch dort, wo die 3 ersten Titel des IIten Theils A. L. R. suspendirt sind, als zum nicht suspendirten Vormundschaftsrecht (A. L. R. II, 18. §. 215 –217.) gehörig, in Anwendung gebracht werden, und ist 2) die desfallsige vom Vater in einem gerichtlichen Testamente abgegebene Erklärung als der gesetzlich vorgeschriebenen Verlautbarung bei dem vormundschaftlichen Gerichte, wenn dieses mit dem das Testament aufnehmenden Gerichte dasselbe ist, gleichstehend anzusehen?

Digitized by Google

II. Geht die Bestimmung des A. L. R. I, 20. §. 423 – 426., daß, wenn ein Dritter auf eine Forderung, gegen deren Gültigkeit dem Schuldner Einwendungen zustehen, nach deren Eintragung durch einen lästigen Vertrag ein Recht erworben hat, der Schuldner gegen diesen Dritten von solchen Einwendungen, dieser ihm vorher nicht kund gethan, noch binnen 4 Wochen nach der Eintragung im Hypothekenbuche vermerken lassen, keinen Gebrauch machen könne, auch auf die Einrede der dem Besitzer fehlenden Großjährigkeit?

Rechtsfall,
mitgetheilt
von
Sommer.

In den folgenden Erkenntnissen sind diese Fragen in erster Instanz bejaht, in der zweiten und dritten verneint. Was die IIte Frage betrifft, so können wir hier den Ausspruch des Ober-Tribunals nur als edictum Praetoris verehren. Denn nach der wörtlichen und der aus §. 425. 426. I. 20. A. L. R. hervorgehenden logischen Auslegung wird man unmöglich annehmen können, daß der Schuldner, welcher nicht binnen der nachgelassenen vier Wochen der Eintragung widerspricht, diese Einrede noch gegen den dritten Besitzer der eingetragenen Hypothek habe. Der höchste Gerichtshof hat hier den Nerv des Preußischen Hypotheken-Systems angegriffen. Kein Dritter wird nach der vorliegenden Feststellung mehr eine Hypothek mit absoluter Sicherheit erwerben können. Früher hat der höchste Gerichtshof entschieden, daß jene Bestimmung nicht auf die Verfolgung des persönlichen Forderungsrechts Anwendung finde. (Entsch. V. 372. ff.), jetzt geht zugleich

Digitized by Google

fest, daß sie auf alle Einwendungen, über welche die erste Rubrik des Hypothekenblatts keine Notiz zu enthalten brauche, nicht gehe, der gutgläubige Hypotheken-Erwerber dagegen nicht geschützt werde! Die erste Rubrik hat es aber blos mit dem Erwerbe des verpfändeten Grundstücks zu thuen. — Der mitunter übertriebene Cultus des Preußischen Hypotheken-Systems ist also einzustellen, wir sind um eine Illusion ärmer! — Was Suarez bei der Lehre vom Lehn gemeint hat, kann uns bei der vorliegenden klaren Fassung des Gesetzes nicht berühren.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Kaufmanns Gustav Ullner zu Paderborn, Klägers und Wiederverklagten, wider den Ackerwirth Johann Pickard gnt. Schmier zu Rösenbeck, Beklagten und Wiederkläger, hat das Königl. Kreis-Gericht zu Brilon Abtheilung I. in der Sitzung v. 12. Novbr. 1851, für Recht erkannt, daß

1) quoad conventionem Beklagter schuldig, dem Kläger 18 Thlr. an rückständigen Zinsen pro terminis den 1. Jan. 1849 u. 1850 aus der Schuld- und Pfandverschreibung vom 24. Dezember 1847 zu zahlen,
2) quo ad reconventionem Beklagter und Wiederkläger mit dem Antrage, den Kläger und Wiederverklagten unter Verurtheilung in die Kosten für schuldig zu erkennen, die in der Urkunde v. 24. Dez. 1847 bestellte und eingetragene Hypothek zu löschen, resp. in die Löschung derselben zu willigen, abzuweisen,
3) dem Beklagten und Wiederkläger sämmtliche Kosten des Prozesses zur Last zu setzen.

V. R. W.

Gründe:

Der Buchbinder Theodor Anton Atorff früher zu Brilon schuldete dem Buchhändler Joseph Wesener sen. zu Paderborn

Digitized by Google

für Bücher 200 Thaler. — Unterm 24. Dezember 1847 stellte derselbe seinem Gläubiger über diese Forderung eine notarielle Obligation aus, in welcher er sich verpflichtete, die Forderung vom 1. Januar 1848 an mit 4 Prozent zu verzinsen.

In demselben Dokumente verbürgte sich zugleich der Beklagte für Zahlung und Verzinsung der gedachten Forderung als Selbstschuldner und bestellte für seine Bürgschaft Hypothek mit mehreren Immobilien, auf welche die Eintragung im Hypothekenbuche erfolgt ist.

Am 21. Mai 1850 cedirte der Buchhändler Wesener die fragliche Forderung nebst allen rückständigen Zinsen und anklebenden Rechten dem Kläger.

Der Beklagte wurde durch den jetzigen Mandatar des Letzteren von der Cession in Kenntniß gesetzt; weigert sich aber die pro term den 1. Januar 1849 u. 1850 rückständigen Zinsen im Betrage von 18 Thaler zu bezahlen.

In dem gegenwärtigen Prozesse hat deshalb Kläger darauf angetragen:

> den Beklagten zur Zahlung von 18 Thalern cum expensis zu verurtheilen.

Letzterer hält sich zur Zahlung der eingetragenen Zinsen persönlich nicht für verpflichtet, weil er erst am 25. Jan. 1828 geboren, mithin zur Zeit der Ausstellung der Bürgschaft am 24. Dezbr. 1847 noch minderjährig gewesen sei, sich also nicht rechtsverbindlich habe obligiren können.

Es ist deshalb seiner Seits

> um Abweisung der Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten

gebeten, zugleich aber auch, da wegen seiner damaligen Minderjährigkeit nicht bloß die Verbürgung, sondern auch die Verpfändung seiner Immobilien und die auf Grund derselben erfolgte Eintragung ungültig seien,

> reconveniendo darauf angetragen, den Kläger unter Verurtheilung in die Kosten für schuldig zu erkennen,

Digitized by Google

die in der Urkunde v. 24. Dezbr. 1847 bestellte und eingetragene Hypothek zu löschen.

Der Kläger und Wiederbeklagte hat zwar eingeräumt, daß Beklagter und Wiederkläger zur Zeit der fraglichen Bürgschafts-Leistung noch nicht 24 Jahre alt gewesen sei, dagegen aber den Anträgen des Letzteren folgende Einrede entgegen gesetzt:

1) Als Cessionar einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Forderung habe er das Recht, zur Verfallzeit der Forderung sich an die verpfändete Sache zu halten. Dieses könne durch die Minderjährigkeit des Beklagten und Wiederklägers nicht geschmälert werden, weil ihn einmal der Glaube des Hypothekenbuchs schütze, in welchem der Letztere als völlig dispositionsfähiger Eigenthümer der verpfändeten Grundstücke eingetragen gewesen sei, und sodann, weil ihm als Cessionar einer eingetragenen Forderung nach §. 423. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. die erhobene Einrede nicht entgegen gesetzt werde könne, da die im §. 424. l. c. vorgeschriebene Eintragung derselben unterblieben, obwohl der Beklagte zur Zeit der Cession — am 21. Mai 1850 — längst den gesetzlichen Volljährigkeitstermin erreicht habe.

2) Der Beklagte und Wiederkläger sei zur Zeit der hier in Rede stehenden Bürgschaftsleistung, wenn auch noch nicht 24 Jahre alt, doch rechtlich als großjährig und deshalb als vollständig dispositionsfähig zu betrachten gewesen, weil er in dem am 23. Nov. 1846 errichteten Testamente seines im Anfange des Jahres 1847 verstorbenen Vaters für großjährig erklärt sei und diese Erklärung seines Vaters gleich nach dessen Tode sowohl ausdrücklich als stillschweigend acceptirt habe.

In dem bezogenen Testamente heißt es nämlich:

„Mein Sohn Johann ist jetzt etwa 21 Jahre alt, aber schon vollkommen fähig, seinen Sachen vorzustehen. Ich erkläre denselben hiermit für großjährig und es soll keine Vormundschaft über denselben eingeleitet werden."

Die Acceptation dieser Bestimmung sei von dem Beklagten sowohl ausdrücklich zu den Testaments-Acten Johann Pickard sen.

Digitized by Google

erklärt, als auch stillschweigend durch den selbstständigen Betrieb der Ackerwirthschaft, die Errichtung eines eigenen Haushaltes und durch sein sonstiges Auftreten als vollständig dispositionsfähiger Besitzer und Eigenthümer geschehen. Aus diesen beiden Gründen hat Kläger und Wiederbeklagter die Abweisung der Wiederklage cum expensis beantragt.

Diesem Antrage mußte auch, eben so wie dem in der Klage statt gegeben werden.

Da Bekl. und Wiederkläger sowohl den Antrag auf Abweisung des Klägers mit der eingeklagten Zinsforderung als auch den der Wiederklage auf seine Minderjährigkeit zur Zeit der Bürgschaftsleistung und die — nach §. 9—14. Titel 5. und §. 12. und 422. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. daraus hervorgehende — Ungültigkeit der Bürgschaft, Verpfändung und Eintragung gestützt hat; so wird offenbar die Entscheidung über die Anträge der Klage und Wiederklage zunächst durch die Richtigkeit des Einwands des Klägers und Wiederbeklagten,

daß der Beklagte und Wiederkläger zur Zeit der Begründung des in Rede stehenden Forderungs- und Hypotheken-Rechtes rechtsgültig für großjährig erklärt und deshalb vollständig dispositionsfähig gewesen sei,

bedingt.

Daß das Testament seines Vaters die allegirte Bestimmung enthalte, hat Bekl. nicht bestritten; daß er aber sein Einverständniß mit der in derselben ausgesprochenen Großjährigkeits-Erklärung schon lange vor dem Abschlusse des Bürgschafts- und Pfandvertrages vor Gericht ausdrücklich erklärt hat, ist durch die Testaments-Acten Johann Pickard sen., auf welche sich Kläger zum Beweise berufen und welche als solche von dem Beklagten anerkannt sind, — nach §. 10. Nr. 1. Tit. 13. verbunden mit §. 124. Tit. 10. Thl. I. der A. G. O. — für bewiesen zu erachten.

Nach diesen Acten hat derselbe nämlich bereits unterm 22. Jan. 1847 vor dem hiesigen Gerichte zu Protokoll erklärt:

„daß er von der Bestimmung seines Vaters Joh. Pickard

Digitized by Google

sen. in dessen am 7. desselben Monats publizirten Testamente, wonach er — schon 21 Jahre alt — für großjährig erklärt worden, allerdings Gebrauch machen und demnach als Großjähriger gelten und behandelt sein wolle. Er wolle sich übrigens, sofern Solches gesetzlich zulässig, die Ausfertigung eines Großjährigkeits-Erklärungs-Patentes oder eines Attestes darüber verbeten haben."

Es ist daher zuvörderst die Frage in Betracht zu ziehen, ob die allegirte Bestimmung in dem Testamente des Vaters, verbunden mit der spätern Acceptation derselben von Seiten des zur Zeit der Testamentserrichtung schon 20 Jahre alten Sohnes für sich allein genügte, um die Wirkungen einer rechtsgültigen Volljährigkeitserklärung, welche nach §. 724. Tit. 18. Thl. II. des A. L. R. ganz dieselben, wie die der wirklich erreichten Großjährigkeit sind — hervor zu bringen? —

Diese Frage muß zu Gunsten des Klägers und Wiederbekl. entschieden und kann namentlich mit dem Beklagten und Wiederkl. nicht angenommen werden, daß eine rechtsgültige Majorennitätserklärung nur von dem betreffenden vormundschaftlichen Gerichte ausgehen könne.

Die Vorschriften des A. L. R. über die Majorennitätserklärung finden sich Th. II. Tit. 2. §. 216. 217. und Titel 18. §§. 713. seq.

In dem §. 4. des Patentes vom 21. Jan. 1825 wegen Einführung des A. L. R. in das Herzogthum Westfalen — zu welchem Rösenbeck, wo der die Großjährigkeitserklärung in seinem Testamente aussprechende Vater des Beklagten, sowie der Letztere selbst wohnte, resp. wohnt, gehört — ist zwar ausdrücklich bestimmt, daß die vollständigen 3 ersten Titel des 2ten Theiles des A. L. R. von der Anwendung ausgeschlossen bleiben und in Absicht der in denselben enthaltenen Gegenstände die bestehenden gemeinen Rechte und die darauf sich beziehenden Landesordnungen bis zum Erlaß neuer gesetzlicher Bestimmungen — welche in der

Digitized by Google

hier fraglichen Materie nicht ergangen sind, — gültig bleiben sollen; allein diese Suspension kann auf die §§. 216. und 217. cit. keine Anwendung finden. Es gehört nämlich die Frage, wann und über welche Personen eine Vormundschaft einzuleiten, unzweifelhaft in die Lehre von der Vormundschaft.

In dem über Vormundschaften handelnden Tit. 18. Th. II. des A. L. R. waren deshalb auch die Fälle einzeln festzusetzen, in welchen es der Einleitung einer Vormundschaft bedarf.

Nach §. 6. l. c. gehören zu den Pflegbefohlenen des Staates zunächst Kinder, Unmündige und Minderjährige.

Allen diesen müssen nach §. 7. Vormünder vom Staate bestellt werden.

Die Anordnung der Vormundschaft über solche Personen muß — nach §. 8. — geschehen, wenn dieselben entweder gar nicht in die väterliche kommen, oder sobald diese Gewalt durch den Tod ihre Endschaft erreicht.

Die väterliche Gewalt kann aber während der Minderjährigkeit des Kindes, nicht nur durch den Tod des Vaters, sondern auch durch eine väterliche Willenserklärung aufgehoben werden.

Wie es in diesem Falle mit Einleitung der Vormundschaft gehalten werden solle, bestimmt der §. 8. nicht.

Sollte aber nicht eine offenbare Lücke entstehen, so mußten hier auch über diesen Fall Bestimmungen getroffen und mußte demnach hier festgesetzt werden, welchen Einfluß die durch väterliche Willenserklärung geschehene Entlassung eines minderjährigen Kindes aus der väterlichen Gewalt auf die Einleitung einer Vormundschaft habe, ob und unter welchen Bedingungen namentlich die von dem Vater erklärte Entlassung seines minderjährigen Kindes aus der väterlichen Gewalt die Wirkung haben könne, daß das Kind rechtlich großjährig werde und es die Einleitung einer Vormundschaft nicht bedürfe.

Dieses war aber bereits in dem 4. Abschnitte des Tit. 2. Thl. II. festgesetzt.

Digitized by Google

Der Gesetzgeber, wohl erkennend, daß diese Bestimmungen hier im Tit. 18. zu treffen waren, verordnete deshalb im §. 9.

> Was Rechtens sei, wenn die väterliche Gewalt vor erreichter Volljährigkeit des Kindes durch väterliche Willenserklärung, oder durch das Gesetz aufgehoben wird, ist im vierten Abschnitte des 2ten Titels verordnet.

Durch diese Bezugnahme ist aber klar ausgesprochen, daß die Bestimmungen des bezogenen Abschnittes, soweit sie die, nach der Natur der Sache, hier abzuhandelnde zuvor angegebene Frage betreffen, an die Stelle des sich auf dieselben beziehenden §. 9. treten sollten und somit als ein integrirender Bestandtheil des 18ten Titels auch überall, wo dieser gilt, zur Anwendung kommen müssen. Dieses muß aber um so mehr noch aus dem Grunde angenommen werden, weil die bezogenen Bestimmungen, so weit sie die angeführte zu dem Vormundschaftsrechte gehörige Frage zum Gegenstande haben, ebenso wie das Vormundschaftsrecht überhaupt — nach den Grundsätzen des A. L. R. — staatsrechtlichen Charakters sind, und eben deshalb als zum öffentlichen Rechte gehörige und deshalb absolute Gesetze überall angewandt werden müssen, wenn sie auch in den suspendirten Titeln sich finden.

Demnach hat aber der §. 216. Tit. II. des A. L. R. welcher sich über die mehrerwähnte Frage verhielt, auch in dem vorliegenden Falle Geltung.

Derselbe bestimmt:

> Wenn aber der Vater in diesem Zeitraum (nach zurückgelegten 20 Jahren und bis zur erlangten Volljährigkeit des Sohnes) seinen Willen, den Sohn zu entlassen, mit Beistimmung des Sohnes bei dem vormundschaftlichen Gerichte verlautbart, so hat dieses zugleich alle Wirkungen einer Majorennitätserklärung.

Nach den klaren Worten dieses §. bedarf es also zur Rechtsgültigkeit der Entlassung eines 20 Jahre alten Sohnes aus der väterlichen Gewalt nur der Verlautbarung des väterlichen

Digitized by Google

Willens vor dem competenten Vormundschaftsgerichte unter Beistimmung des Sohnes und ist namentlich keine Prüfung und Genehmigung der vormundschaftlichen Behörde erforderlich.

Nach §. 217. l. c. soll zwar dem Sohne ein beglaubigtes Zeugniß darüber, nämlich über die gemäß §. 216. geschehene Entlassung aus der väterlichen Gewalt — von dem vormundschaftlichen Gerichte ausgestellt werden; allein dieses Zeugniß hat nur den Zweck, den aus der väterlichen Gewalt entlassenen Sohn dritten Personen gegenüber zu legitimiren, ist aber keineswegs als ein wesentliches Erforderniß der durch die gerichtliche Erklärung des Vaters erfolgenden Aufhebung der väterlichen Gewalt vorgeschrieben.

cfr. Entscheidungen des Geheimen Ober-Tribunals Band 12. Seite 321.

Da aber die in Gemäßheit des §. 216. geschehene Entlassung aus der väterlichen Gewalt zugleich alle Wirkungen einer Majorennitäserklärung hat, mithin die letztere in sich schließt, so müssen auch für diese sicherlich diejenigen Förmlichkeiten gnügen, welche für die ersten verordnet sind.

Demgemäß mußte auch der vor dem vormundschaftlichen Gerichte geschehenen Verlautbarung des Willens des Vaters, daß er seinen bereits 20 Jahre alten Sohn für großjährig erkläre, wenn der Sohn seine Zustimmung gibt, die Wirkungen einer Majorennitätserklärung beigelegt werden.

Im vorliegenden Falle hat nun der Vater in seinem Testamente diese Erklärung abgegeben.

Das Testament ist, wie die vom Kläger in Bezug genommenen Testamentsacten betreffenden Falls ergeben, von einem Deputirten des hiesigen Gerichts, welches das competirende Vormundschaftsgericht war, aufgenommen.

Der Beklagte war, wie oben schon angeführt, zur Zeit der Testamentserrichtung schon 20 Jahre alt und hat seine Zustimmung zu der in dem Testamente ausgesprochenen Großjährig-

Digitized by Google

keitserklärung unterm 22. Januar 1847. vor dem hiesigen Gericht zu Protokoll erklärt.

Derselbe galt deshalb von diesem Tage an rechtlich als großjährig und konnte also am 24. Dezember 1847. rechtsgültig eine Bürgschaft als Selbstschuldner leisten und dafür Hypothek mit seinen Immobilien bestellen.

Diese Rechtsansicht wird auch unterstützt durch die in den §§. 713 seq. Tit 18. Thl. II. des A. L. R. über die Majorennitätserklärung enthaltenen Bestimmungen. Der §. 719. l. c. bestimmt zunächst allgemein:

> Vor zurückgelegtem 18ten Jahre bei Personen weiblichen und vor zurückgelegtem 20ten bei Personen männlichen Geschlechts findet keine Majorennitätserklärung statt.

Nach den §§. 713 bis 716 l. c. kann sowohl der Sohn selbst als auch der Vater bei dem competenten Gerichte die Majorennitätserklärung nachsuchen und hat der Richter die Nützlichkeit resp. Zweckmäßigkeit der Volljährigkeitserklärung nach Verschiedenheit der Fälle zu untersuchen. Der §. 717 l. c. bestimmt weiter:

> Hat der verstorbene Vater der Pflegbefohlenen die Abkürzung des Termins zur Volljährigkeit gewollt, so bedarf es keiner Untersuchung, insofern nicht der Vormund erhebliche Gründe anführt, welche die Fortsetzung der Vormundschaft zum eigenen Besten des Pflegebefohlenen rathsam machen.

Diese §§. beziehen sich aber auf den Fall, wenn über die für großjährig zu Erklärenden, sei es schon bei Lebzeiten des Vaters, oder auch zu der Zeit, von wo ab, nach dem Willen des verstorbenen Vaters, die Volljährigkeit eintreten sollte, eine Vormundschaft eingeleitet war, um deren Aufhebung es sich handelt.

Es geht dies sowohl aus der Fassung der §§. namentlich aus den Ausdrücken — bisheriger Vormund — Pflegebefohlenen — Fortsetzung der Vormundschaft, als vor allem aus der Stellung hervor, welche dieselben in dem Titel über Vormundschaften

Digitized by Google

und der Abtheilung über Aufhebung der Vormundschaften erhalten haben.

Bei Lebzeiten des Vaters konnte aber nur dann eine Vormundschaft eingeleitet sein, wenn der zu Bevormundende außer der väterlichen Gewalt war. — cf. §. 2. dss. Titels.'

Wenn nun selbst in diesem Falle, sowie auch dann, wenn der Sohn bei dem Tode des Vaters noch nicht 20 Jahre alt war — und der Vater, obgleich er nicht vollständig beurtheilen konnte, inwiefern der Sohn mit dem erreichten 20sten Jahre, sich selbst vorzustehen fähig sein würde, gewollt hat, daß er mit dem Eintritte des 20sten Jahres großjährig sein sollte, der §. 717. l. c. dem Willen des verstorbenen Vaters die Bedeutung beilegt, daß der Regel nach die bisher geführte Vormundschaft aufgehoben und die Majorennitätserklärung ausgesprochen werden muß, ohne daß das vormundschaftliche Gericht die Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit der Aufhebung der Vormundschaft zu untersuchen hat; so ist man wohl anzunehmen berechtigt, daß der Vater, welcher bei seinem Tode noch die väterliche Gewalt ausübte, durch die Bestimmung seines Testaments, daß sein bereits 20 Jahre alter Sohn mit seinem, des Vaters Tode großjährig werden solle, die Einleitung einer Vormundschaft zu verhindern befugt ist, und daß nicht erst noch das vormundschaftliche Gericht, wie in dem im §. 717. cit. vorausgesetzten Falle — die von dem Vater gewollte Großjährigkeitserklärung besonders aussprechen muß.

War aber die in dem gedachten Vertrage geleistete Bürgschaft als Selbstschuldner gültig, so konnte Kläger mit Uebergehung des Hauptschuldners den Beklagten sofort auf Zahlung der von der Forderung, für welche die Bürgschaft geleistet, rückständigen Zinsen belangen,

cfr. §§. 297. 269. u. 270. Tit. 14. Thl. I. A. L. R.

und mußte Letzterer, was die Klage angeht, pro petito verurtheilt, mit der Wiederklage aber, welche allein auf die Ungültigkeit der Bürgschaft und der dafür bestellten Hypothek gegründet ist, abge-

Digitized by Google

wiesen werden. Bei dieser Lage der Sache konnte es auf die Erörterung der ferneren Einreden des Klägers und Wiederbekl.,

daß ihm als dem Cessionar einer eingetragenen Forderung, die aus dem Hypothekenbuche nicht ersichtliche Minderjährigkeit des Beklagten und Wiederklägers zur Zeit der Begründung der Forderung zur Elidirung resp. Zerstörung des erworbenen Forderungs- und Hypothekenrechts nicht entgegengesetzt werden,

nicht weiter ankommen.

Was aber die Abweisung mit der Wiederklage angeht, so war noch zu berücksichtigen, daß die von dem Wiederkläger beliebte Fassung seines Antrags unter allen Umständen nicht als gerechtfertigt erscheint, da Wiederbeklagter keinesfalls, wie Wiederkläger beantragt hat, selbst die Löschung bewirken, sondern nur seine Einwilligung in die von dem Letzteren als dem eingetragenen Besitzer zu beantragende Löschung ertheilen kann.

Der Wiederbeklagte ist aber — nach dem Obigen — auch zu einer solchen Einwilligung nicht einmal verpflichtet und rechtfertigt sich deshalb die Fassung des Tenors.

Die Kosten endlich mußten dem Beklagten und Wiederkläger als dem durchweg unterliegenden Theile nach §. 2. Tit. 23. Thl. I. der A. G. O. zur Last gelegt werden.

Der Verklagte appellirte und erstritt beim Appellations-Gerichte Arnsberg am 27. März 1852 das Urtel,

daß das Erkenntniß der I. Abtheilung des Kreisgerichts zu Brilon vom 12. November 1851 dahin abzuändern, daß Kläger in conventione mit der Klage abzuweisen und in reconventione schuldig, die in der Urkunde vom 24. December 1847 bestellte und eingetragene Hypothek löschen zu lassen und die Kosten beider Instanzen jedem Theile zur Hälfte aufzuerlegen.

Von Rechts Wegen.

Digitized by Google

Gründe.

Des Verklagten Vater hat in seinem im Jahre 1846 errichteten Testamente bestimmt:

> Mein Sohn Johann ist jetzt etwa 21 Jahre alt, aber schon vollkommen fähig, seinen Sachen vorzustehen. Ich erkläre denselben hiermit für großjährig und es soll keine Vormundschaft über denselben eingeleitet werden.

Nach Publikation des gedachten Testaments hat der Sohn Johann, der jetzige Verklagte, erklärt:

> daß er von der Bestimmung seines Vaters in dessen Testament, wonach er für großjährig erklärt werden solle, allerdings Gebrauch machen und demnach als Großjähriger gelten und behandelt sein wolle.

Der Richter erster Instanz hat angenommen, daß durch diese Erklärungen die Wirkungen einer Großjährigkeits-Erklärung hervorgebracht seien. Diese Annahme läßt sich nicht rechtfertigen. Der §. 216. Thl. II. Tit. 2. des Allg. Landrechts, worauf der erste Richter Bezug nimmt, ist im Herzogthum Westphalen nicht eingeführt. Ein nicht eingeführtes Gesetz hat keine Geltung und ist rechtlich als gar nicht vorhanden zu betrachten. Die Bezugnahme in einem geltenden Gesetze auf das nicht eingeführte ändert hierin nichts, weil die Bezugnahme die Gültigkeit des bezogenen Gesetzes voraussetzt und diese Voraussetzung, nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, fortfallen soll. Allein auch hiervon abgesehen paßt der §. 216. a. a. O. auf den vorliegenden Fall nicht. Das gedachte Gesetz verlangt, daß der Vater seinen Willen, seinen Sohn zu entlassen, mit Beistimmung des Sohnes, bei dem vormundschaftlichen Gerichte verlautbare. Dies ist hier nicht geschehen. Die in dem Testamente abgegebene Erklärung kann die Stelle der Verlautbarung vor dem vormundschaftlichen Gerichte in keinem Falle vertreten. Sie konnte nur dazu dienen die Majorennitäts-Erklärung zu erleichtern.

Allgem. Landrecht Thl. II. Tit. 18. §. 717.

Um diese auszusprechen bedurfte es aber immerhin zuvor

Digitized by Google

der Einleitung einer Vormundschaft, wie aus der angeführten Gesetzesstelle klar hervorgeht.

Der Wille des Vaters ist allein nicht entscheidend, vielmehr muß der Richter, ehe er veniam aetatis ertheilt, den Vormund darüber vernehmen, ob nicht Gründe vorliegen, welche die Fortsetzung der Vormundschaft zum eigenen Besten des Pflegebefohlen rathsam machen. Diese Vorschrift ist bezüglich des Verklagten nicht beachtet; er ist nicht für großjährig erklärt und hieraus folgt, daß er aus der während seiner Minderjährigkeit übernommenen Bürgschaft persönlich nicht verhaftet ist.

Allgem. Landrecht Thl. I. 5. §. 14.

Eine andere Frage ist die: ob nicht nach unserer eigenthümlichen Hypothekenverfassung, dem Kläger, dessen guten Glauben bei Erwerbung der Forderung vorausgesetzt, die Hypothek haste und ob nicht zur Widerlegung des guten Glaubens auf den dem Kläger deferirten, in der Verhandlung vom 5. November 1851 normirten Eid hätte erkannt werden müssen. Diese Frage war indeß zu verneinen, weil die Forderung des Klägers in sich ungültig ist und in diesem Falle die dafür bestellte Hypothek nach dem Allgem. Landrechte Thl. I. Tit. 20. §. 12. keine Wirkung hat. Es mußte deshalb ohne Weiteres auf Abweisung des Klägers erkannt werden.

Der Kläger revidirte, und durch folgendes Erkenntniß ward das Urtel des Appellations-Gerichts vom Ober-Tribunal bestätigt.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Kaufmann Gustav Ullner zu Paderborn, Kläger und Imploranten,

wider

den Ackerwirth Johann Pickard zu Rösenbeck, Verklagten und Imploraten,

hat der dritte Senat des Königl. Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 5. November 1852, an welcher Theil genommen haben,

Digitized by Google

der Präsident Dr. Bornemann, die Geheimen Ober-Tribunals-Räthe Scholz, Graf, v. d. Schulenburg, Dr. Löwenberg, Brunnemann, die Kammergerichts-Räthe von Caprivi und Hübner

für Recht erkannt:

daß die Nichtigkeitsbeschwerde wider das am 27. März 1852 eröffnete Erkenntniß des Königl. Appellations-Gerichts zu Arnsberg zurückzuweisen, und Imploranti die Kosten des Nichtigkeitsverfahrens zu tragen verbunden.

V. R. W.

Gründe.

Die Beschwerde des Imploranten, daß der Appellations-Richter die Vorschriften:

des Allgem. Land-Rechts Thl. II. Tit. II. §. 216.

" " " " " " 18 §§. 715—717 incl. §. 724.

verletzt habe, konnte nicht für begründet erachtet werden.

Denn wenn der Appellations-Richter den §. 216 Th. II. Tit. 2 des Allgem. Land-Rechts deshalb für nicht anwendbar erklärt, weil derselbe verlange, daß der Vater seinen Willen, den Sohn aus der väterlichen Gewalt zu entlassen, mit Beistimmung des Sohnes bei dem vormundschaftlichen Gericht verlautbare, was im vorliegenden Falle nicht geschehen sei, so ist diese Argumentation völlig richtig und dem Wortinhalte des Gesetzes eben so entsprechend, als der klar ersichtlichen Absicht des Gesetz-Gebers, die mit dieser Verlautbarung die nach §§. 715 716 Tit. 18 a. a. O. vorgeschriebenen Prüfung des vormundschaftlichen Gerichts herbeiführen und ermöglichen will.

Die entgegengesetzte Behauptung des Imploranten, daß diese Verlautbarung nur für den Fall vorgeschrieben sei, wenn der emancipirende Sohn bereits unter Vormundschaft stehe, entbehrt jeder rechtlichen Begründung, und scheitert schon an der Erwägung, daß ein Sohn, der noch unter väterlicher Gewalt steht,

Digitized by Google

der Regel nach der Bevormundung nicht bedarf, letztere daher auch nicht füglich zur Voraussetzung und Bedingung für Anwendung des §. 216 a. a. O. gemacht werden kann.

Ist aber hiernach das Argument des Appellations-Richters, daß die eben gedachte gesetzliche Bestimmung ihrem Inhalte nach auf den vorliegenden Fall nicht passe, richtig, und bleibt dasselbe, wie gezeigt, unangefochten bestehen, so kann es ganz auf sich beruhen, ob das zweite, von dem Imploranten gleichfalls angefochtene Argument des Appellations-Richters: daß nämlich der vorhergedachte §. 216 a. a. O. zu den nach §. 2 und 4 des Patents vom 21. Juni 1825 im Herzogthume Westphalen nicht eingeführten landrechtlichen Bestimmungen gehöre, gleichfalls richtig sei, wiewohl auch in dieser Beziehung dem Appellations-Richter beigestimmt werden muß. Ebenso kann die Frage: ob die Bedingungen der §§. 715 ff. Tit. 18 Thl. II. des Allgem. Landrechts an sich vorliegen, unerörtert bleiben, da nach dem Vorbemerkten das wesentliche Erforderniß der Verlautbarung vor dem Vormundschafts-Gerichte fehlt. Der §. 724. a. a. O. kann aber schon deshalb nicht verletzt sein, weil eben die Majorennitäts-Erklärung, welche mit der wirklichen Volljährigkeit gleiche Wirkung haben soll, mangelt.

Zweifelhafter erscheint die fernere Beschwerde, daß der Appellations-Richter die §§. 12. und 423 — 426. Thl. I. Tit. 20. des Allgem. Land-Rechts verletzt habe.

Die im §. 12. a. a. O. aufgestellte Regel, nach welcher die Wirksamkeit eines Pfand- oder Hypotheken-Rechts von der Gültigkeit des dadurch versicherten Anspruchs abhängt, wird allerdings durch die §§. 422 — 426. wesentlich modificirt. Nach diesen Vorschriften verliert der Schuldner dadurch allein, daß eine Forderung ins Hypotheken-Buch eingetragen worden, noch nicht die ihm gegen die Gültigkeit der Forderung zustehenden Einwendungen. Gegen einen Dritten, welcher die Forderung nach deren Eintragung und nach deren Ablauf der im Gesetze bestimmten Frist, durch einen lästigen Vertrag erworben hat, können aber in

Digitized by Google

Folge des Glaubens des Hypotheken-Buchs nur solche Einreden gemacht werden, welche aus dem Hypotheken-Buche oder dem Instrumente zu ersehen, oder dem Dritten vor dem Erwerbe bekannt geworden sind.

Nach der Feststellung des Appellations-Richters fragt es sich nun, ob diese Vorschriften auch in dem vorliegenden Falle zur Anwendung kommen, in welchem die Schuldurkunde und die Intabulationsklausel von einem minderjährigen Besitzer ohne vormundschaftliche Genehmigung ausgestellt sind, der Hypotheken-Richter in der Voraussetzung, daß der Aussteller dispositionsfähig sei, die Eintragung bewirkt, und ein Dritter die eingetragene Forderung nach Ablauf der §. 425 a. a. O. bestimmten Fristen erworben hat. Diese Frage muß, wenn auch die §§. 423—426. für die Bejahung zu sprechen scheinen, mit dem Appellations-Richter verneint werden.

Eine Verletzung dieser Paragraphen liegt deshalb nicht vor, weil der gute Glaube, gestützt auf die Publicität des Hypothekenbuchs, für dasjenige nicht in Anspruch genommen werden kann, worüber das Hypothekenbuch weder Auskunft geben kann, noch will. Solches ist aber in Betreff der Minderjährigkeit des Besitzers der Fall, über welche die erste Rubrik des Hypothekenblatts keine Notiz zu enthalten braucht, weshalb da, wo es darauf ankommt, man eben so wie bei andern Geschäften sich auch im Hypotheken-Verkehr anderweit über die Dispositionsfähigkeit zu unterrichten, und respective die Folge davon, daß solches unterblieben sei, zu tragen hat.

Es kann in dieser Beziehung auch auf dasjenige verwiesen werden, was Suarez in seinen Revisions-Notaten cfr. v. Kamptz Jahrbücher Band 44. Seite 91. ff.

zur Widerlegung derer, welche eine unbedingte fides des Hypothekenbuchs vertheidigten, beim Lehn angeführt, woraus hervorgeht, daß man gar nicht beabsichtigt habe, dem s. g. guten Glauben des Hypothekenbuchs eine alle übrigen Rechts-Grundsätze

Digitized by Google

erschütternde Autorität, und ein entschieden durchdringendes Uebergewicht zu geben.

Hiermit beseitigt sich auch der letzte von dem Imploranten geltend gemachte Nichtigkeitsgrund.

Seine Beschwerde ist hiernach durchgehends ungerechtfertigt geblieben und mußte zurückgewiesen werden, was seine Verurtheilung zu den Kosten des Nichtigkeits-Verfahrens zur Folge hat. — §. 18. der Verordnung v. 14. December 1833 cfr. Nr. 19. des Gesetzes vom 10. Mai 1851.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterschrift des Königlichen Ober-Tribunals.

Berlin, den 5. November 1852.

(L. S.) gez. Mühler.

Digitized by Google

Druck der Curth'schen Buchdruckerei.

Digitized by Google

XLVIII.

Was sind unmittelbare Gegenleistungen im Sinne des Gesetzes vom 2. März 1850? sind namentlich Holzabgaben, welche der Erbverpächter dem Erbpächter nach Inhalt des Erbleihbriefes zu leisten hatte, aufgehoben?

Mitgetheilt
von
Herrn Rechts-Anwalt **Tilmann** zu Wetzlar.

Die Mühle zu Kinzenbach im Kreise Wetzlar war eine fiskalische Erbpachtsmühle. In den Erbleihbriefen war dem Müller das Recht zugesichert,

aus den fiscalischen Waldungen das nöthige Holz zum laufenden Geschirr nebst dem gewöhnlichen Keilholz und jährlich drei Klafter Brennholz, desgleichen das erforderliche Bauholz, jedoch dieses letztere nur auf den Fall zu beziehen, da die Mühle ohne des Erbbeständers oder der Seinigen Verschulden durch Feuer verzehrt werden sollte und daher neu aufgebaut werden müßte.

Durch das Gesetz betreffend die Ablösung der Reallasten und Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850. §. 2. Nr. 2. wurde das Obereigenthum des Fiscus aufgehoben. Der Fiscus nahm nun zwar die Prästation des Müllers, namentlich einen Canon von 100 Thlr. als

Digitized by Google

fortbestehend in Anspruch, eröffnete aber dem Müller, als dieser auch seine Holzgerechtigkeit nach wie vor behauptete, die fiscalische Holzabgabe sei lediglich eine unmittelbare Gegenleistung des aufgehobenen fiscalischen Obereigenthums gewesen und deshalb durch §. 3. pos. 15 *) des Gesetzes vom 2. März 1850. aufgehoben; sein Antrag auf Anweisung des Holzes müsse also abgewiesen werden. Das veranlaßte den Müller zur Klage, worin er die sämmtlichen oben hervorgehobenen Holzberechtigungen als fortbestehend pro praeterito et futuro in Anspruch nahm.

Den §. 3. Nr. 15. loc. cit. hielt derselbe nicht für anwendbar, einmal weil dort nur die unmittelbaren Gegenleistungen des Berechtigten gegen die aufgehobenen Leistungen des Verpflichteten aufgehoben worden, das Obereigenthum aber keine Leistung des Verpflichteten sei, weil vielmehr der Gesetzgeber solche Fälle im Auge gehabt habe, wo sich deutlich ergebe, daß die Gegenleistung ein annexum einer Leistung sei und unabhängig von dieser gar nicht existiren könne z. B. die Gegenleistung des Taglohnes bei der §. 2. Nr. 7. aufgehobenen an Grundstücken haftenden Verpflichtung, zu arbeiten, eine etwaige Gegenleistung an Geld, Speisen ꝛc. bei der §. 2. Nr. 8. aufgehobenen Verpflichtung zur Pflanzung von Maulbeerbäumen u. s. w., sodann zweitens, weil im §. 5. des Gesetzes vom 2. März 1850. **) aus-

---

*) §. 3. „Es werden folgende Berechtigungen, so weit sie noch bestehen, ohne Entschädigung aufgehoben.
15. Alle unmittelbaren Gegenleistungen, welche bei den sämmtlichen in dem §. 2. — aufgehobenen Leistungen dem Berechtigten oblagen."

**) „Die im §. 2. Nr. 1. bestimmte Aufhebung des .... Eigenthums des Erbverpächters, hat nicht zugleich die Aufhebung der aus diesem Verhältnisse entspringenden Berechtigungen auf Abgaben oder Leistungen oder ausdrücklich vorbehaltene Nutzungen zur Folge; vielmehr bleiben diese Berechtigungen, sofern sie nicht etwa im gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt sind, fortbestehend."

Digitized by Google

deutlich alle aus dem Erbpachtsverhältnisse fließenden Rechte auf Abgaben oder Leistungen conservirt seien. Ueberhaupt sei seine Holzgerechtigkeit mit Erbpachtgegenstand, eben so gut wie jedes andere Stück seiner Mühle und mit der Mühle sein Eigenthum geworden.

Der Königliche Fiscus hielt die Ansicht des Klägers nicht für richtig, behauptete vielmehr, die Holzpraestation sei gegen die Anerkennung seines Obereigenthums geschehen, protestirte namentlich aber unter Production einiger Urtheile aus ähnlichen Fällen früherer Gesetzgebung gegen jede Leistung, welche die Instandhaltung und den Bau der Mühle bezwecke, weil diese stets dem Eigenthümer obliege. Das Königliche Kreisgericht zu Wetzlar erkannte indessen am 23. Januar 1852. ganz dem Klagepetitum gemäß. Die Gründe lauten:

Es kommt nur darauf an, ob der Beklagte die Aufhebung der ihm früher obgelegenen Verbindlichkeit zu der in der Klage behaupteten Holzlieferung aus der erwähnten gesetzlichen Bestimmung herleiten kann.

Den Worten des von beiden streitenden Theilen gleichmäßig produzirten und als ächt anerkannten Vertrags nach, kann die fragliche Holzlieferung nicht als eine Gegenleistung des durch den §. 2. des Gesetzes vom 2. März 1850. seines Obereigenthums entsetzten Erbverpächters an den Erbpächter für dessen recognitio dominii angesehen werden, denn jener Vertrag bestimmt im §. 1.

> Der Erbbeständer hat zu einem gewissen Erbpacht jährlich und jedes Jahr 4 Achtel Waizen und 60 Achtel Korn, ... desgleichen drei fette Mühlschweine nebst 2 ℔ Pfeffer und 2 ℔ Ingwer zu liefern (welche Naturallieferungen durch neuere Regulirung in einen alljährlich zu zahlenden Canon in baarem Gelde à 100 Thlr. 21 Sgr. 7 Pfg. umgewandelt worden sind.)

Dahingegen soll

2. der Erbbeständer diese Mühle mit allem Zubehör ...

Digitized by Google

benutzen . . . . wie wir ihm dann auch . . . . aus unseren Waldungen das nöthige Holz zum laufenden Geschirr ꝛc. verwilligen.

Diese dem Erbverpächter obliegenden Leistungen beziehen sich also nicht blos auf das Obereigenthum, sondern bilden das Aequivalent für sämmtliche dem Erbpächter obliegende Verbindlichkeiten.

Dem Geiste und den Worten des fraglichen Gesetzes nach kann die Holzlieferung aber ebensowenig als eine unmittelbare Gegenleistung im Sinne der pos. 15. des §. 3. jenes Gesetzes aufgefaßt werden.

Es ist zwar unrichtig, wenn der Kläger behauptet, der Verklagte könne die bezogene Stelle des Gesetzes deshalb nicht für sich anführen, weil jener §. von Leistungen spreche, die Ausübung des Obereigenthums aber keine Leistung sei, — denn das im Gesetze gebrauchte Wort „Leistungen“ ist im allgemeinen Sinne aufzufassen, in welchem es Berechtigungen und Verpflichtungen gleichmäßig umfaßt, auf der andern Seite aber hat das Gesetz, bei seinem Zwecke, den Bauernstand durch Erleichterung seiner Lasten zu heben, die Absicht, den Berechtigten und Verpflichteten möglichst gleich zu stellen, und wo es auf der einen Seite Rechte erlöschen ließ, auch auf der andern Seite die jenen Rechten entsprechenden Verbindlichkeiten aufzuheben.

Der §. 2. des Gesetzes, das Obereigenthum des Fiscus aufhebend, hat diesem wesentlich blos das Heimfallsrecht für den erblosen Tod des Erbverpächters genommen, während es ihm alle nutzbaren Rechte ließ, namentlich auch das Recht, den Canon im Betrage von 100 Thlr. zu beziehen; die Verpflichtung des Fiscus zur Holzabgabe bildet einen integrirenden Theil sämmtlicher ihm obliegender Verbindlichkeiten an seine Erbpächter, eben so gut, wie seine Verpflichtung, den Kläger im ungestörten Genuß der Mühle und der hierzu gehörigen Ländereien zu belassen, und kann daher nicht als eine Gegenleistung des aufgehobenen Obereigenthums angesehen werden.

Digitized by Google

In dem §. 2. und §. 3. des Gesetzes ist sonach keine Leistung des Verklagten aufgehoben, für welche die vom Kläger beanspruchte Holzlieferung als eine unmittelbare Gegenleistung anzusehen wäre; die vom Verklagten gegen die behauptete Fortdauer seiner Verbindlichkeit vorgebrachte Einrede fällt daher als gesetzlich unbegründet hinweg, und es ist der Beklagte schuldig zu erkennen, nach wie vor die im Vertrage vom 18. Juli 1789. resp. 21. Juli 1836. zu Gunsten des Klägers stipulirte Holzabgabe an den letztern abzuführen, auch für die Jahre, in welchen die fragliche Holzlieferung noch nicht geschehen ist, dieselbe nachzuliefern. Auf die von der verklagten Seite produzirten beiden Urtheile des Rheinischen Appellationsgerichtshofes zu Cöln und Revisions- und Cassations-Gerichtshofes zu Berlin d. d. 9. April 1825. und 18. April 1828. konnte um deßwillen kein Gewicht gelegt werden, weil denselben ein anderes Sachverhältniß, als das im gegenwärtigen Prozeß zur Entscheidung kommende zu Grunde liegt.

Der Königliche Justizsenat zu Ehrenbreitstein bestätigte dieses Urtheil unterm 13. Juli 1852. aus folgenden Gründen:

Die einzige zur Entscheidung vorliegende Frage ist die, ob das vom Kläger in Anspruch genommene Recht, welches vor Erlassung des Gesetzes vom 2. März 1850 unstreitig bestanden hat, durch dieses Gesetz aufgehoben worden ist. Zur Verneinung dieser Frage muß schon die Erwägung führen, daß das Gesetz seiner ganzen Tendenz nach die Verpflichteten resp. die nutzbaren Eigenthümer und Erbpächter erleichtern und heben wollte, daß aber im vorliegenden Falle das Gesetz eine offenbare Bedrückung des Verklagten zum Resultat haben würde, wenn derselbe gegen die Aufhebung des Obereigenthums, welches für den Verklagten von gar keinem reellen Werthe oder doch nur von sehr geringem und problematischem Werthe war, das sehr werthvolle, von den Partheien zu 2500 Thlr. veranschlagte vertragsmäßige Recht auf die Lieferung von Holz verloren haben sollte. Die Verneinung jener Frage kann aber auch bei einer unbefangenen Interpretation

Digitized by Google

des §. 3. Nr. 15. des Gesetzes keinem Bedenken unterliegen. Das Gesetz hebt zu Gunsten des Berechtigten nur diejenigen unmittelbaren Gegenleistungen auf, welche bei den im §. 2. und im §. 3. unter Nr. 1 bis 14. zu Gunsten des Verpflichteten aufgehobenen Leistungen dem Berechtigten oblagen. Nach dem gewöhnlichen Wortsinne kann man diese gesetzliche Bestimmung nur dahin interpretiren, daß diejenigen Leistungen fortfallen sollen, welche der Berechtigte dem Verpflichteten bei den dem letztern obliegenden Leistungen als unmittelbares Aequivalent zu praestiren hatte, dahin gehören nur die als Beispiele in der Klage angeführten und ähnliche Leistungen. Wie aber die dem Verklagten obliegende Holzlieferung als Aequivalent des fiskalischen Obereigenthums angesehen werden können, ist nicht wohl einzusehen; mit gleichem Rechte würde man die Holzlieferung als unmittelbare Gegenleistung der sonst dem Kläger vertragsmäßig obliegenden Leistungen, wie des Erbpachtskanons, der Besitzveränderungsabgaben ꝛc., ansehen können. Die Behauptung des Verklagten würde sich nur dann vertheidigen lassen, wenn in dem Erbleihbriefe selbst die Holzlieferung als Aequivalent der Anerkennung des Obereigenthums bezeichnet oder aufgefaßt wäre. Das ist aber keineswegs der Fall. Im Eingange des Vertrags wird dem ꝛc. Matern die Mühle nebst Zubehör erbbeständlich verliehen und dem Erbverleiher das dominium directum und die erblehnherrlichen Rechte vorbehalten. Dann werden in sechs Paragraphen die einzelnen Rechte und Pflichten beider Contrahenten festgesetzt. Im ersten Paragraphen wird der Betrag des Erbkanons und die Folgen der Nichtentrichtung desselben bestimmt. In dem zweiten, mit dem Worte „dahingegen“ beginnenden und im dritten Paragraphen werden die Rechte des Erbverpächters, unter diesen namentlich im §. 3. das streitige Recht auf Lieferung von Holz aufgeführt und im §. 2. zugleich die Verpflichtung des Erbpächters, Alles in gutem Bau zu unterhalten und nach Möglichkeit zu verbessern, ausgesprochen. Im §. 4. werden die dem Erbpächter den Mahlgästen gegenüber obliegenden Verpflichtungen,

Digitized by Google

im §. 5. die Besitzveränderungsabgaben festgesetzt, und im §. 6. endlich dem Erbverpächter der Heimfall vorbehalten. Die Fassung des Vertrags läßt also keineswegs darauf schließen, daß die Contrahenten die streitige Holzlieferung als ein Aequivalent der Anerkennung des Obereigenthums angesehen hätten; im Gegentheil würden die Eingangsworte des §. 2. eher darauf schließen lassen, daß sie gegen die im §. 2. und 3. bestimmten Rechte des Erbpächters, gegen den nach §. 1. zu leistenden Erbpachtkanon ein Aequivalent habe bilden sollen. Der Verklagte deducirt nun zwar ferner, dem Kläger habe nach §. 2. des Erbleihbriefs die Unterhaltung der Erbpachtmühle nebst allem Zubehör obgelegen, und der Erbverpächter habe im §. 3. nur in seiner Eigenschaft als dominus directus durch die versprochene Holzlieferung eine Beihülfe zu dieser Unterhaltung übernommen; diese Beihülfe müsse aber jetzt wegfallen, nachdem Kläger voller Eigenthümer geworden und als solcher die alleinige Pflicht der Unterhaltung der Mühle schon durch das Gesetz überkommen habe. — Abgesehen davon, daß diese Deduction jedenfalls nur für das Bauholz, nicht für das sonst noch verlangte Holz passen würde, wird dieselbe auch durch die Fassung des Vertrags keineswegs unterstützt, indem die Holzlieferung nicht als eine Beihülfe des dominus directus zur Unterhaltung des Gegenstandes der Erbpacht bezeichnet ist, vielmehr an einer ganz andern Stelle des Vertrags vorkommt. Die Deduction ist ferner nicht haltbar, indem das Gesetz vom 2. März 1850. in der Verpflichtung zur Unterhaltung des Erbpachtsgegenstandes gar nichts geändert hat. Während solche vor Erlassung des Gesetzes dem Kläger als Erbpächter vertragsmäßig obgelegen hat, liegt sie ihm jetzt als Eigenthümer ob. Es ist daher nicht abzusehen, wie das Gesetz in der dem Verklagten vertragsmäßig obliegenden Holzlieferung etwas geändert haben soll. Die vom Verklagten produzirten Erkenntnisse des Appellationshofes zu Cöln und des Revisions- und Cassationshofes zu Berlin aus den Jahren 1827. und 1828. können hier schon deshalb nicht maaßgebend sein, weil, wenn auch damals ein dem

Digitized by Google

vorliegenden ganz gleicher Fall zur Entscheidung vorgelegen haben möchte, doch damals das hier allein entscheidende Gesetz vom 2. März 1850. noch nicht erlassen war.

Die fiscalischer Seits eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde um deswillen verworfen, weil die lediglich auf Interpretation des Erbpachtvertrages beruhende Feststellung der Frage, ob die Holzabgabe als eine unmittelbare Gegenleistung des dominus directus im Sinne des §. 3. p. 15. loc. cit. oder als Aequivalent für den Canon zu betrachten, eine reine thatsächliche Feststellung sei und als solche im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren einer nähern Prüfung nicht unterliegen könne, zufolge dieser Feststellung aber §. 2. Nr. 2. und §. 3. p. 15. l. c. nicht als verletzt anzusehen sein.

Digitized by Google

XLIX.

Ist ein expedirender Postbeamter schon darum für die Spoliation eines Geldbriefs verantwortlich, weil er das Geldpaket, in welchem der Geldbrief abgesandt worden, nicht selbst emballirt und verschnürt hat, dieses Geschäft vielmehr durch einen Unterbeamten verrichten lassen?

Rechtsfall
mitgetheilt von
Sommer.

(Verordnung vom 24. Jan. 1844. §. 10. Nr. 2. lit. b.)

Die vorliegende Frage kam im Falle des folgenden Erkenntnisses vor, und ist wohl mit Recht verneint worden. — Praktisch wäre es bei den wenigsten Postbehörden ausführbar, daß der expedirende Beamte binnen der bestimmten Expeditionsfrist die Geldpakete selbst emballire und verschnüre.

In Sachen des Postsekretairs Betgen zu Dortmund, Klägers, wider den Königlichen Post-Fiskus, vertreten durch die Königliche Oberpostdirection zu Arnsberg, Verklagten, hat der für Bagatellsachen angeordnete Kommissar des Königlichen Kreisgerichts zu Arnsberg am 23. Mai 1822 den Acten gemäß für Recht erkannt:

daß das Resolut Königlicher Ober-Postdirection hierselbst

Digitized by Google

vom 27. Dezbr. v. J. aufzuheben, der Kläger für nicht schuldig zu erachten, dem klagenden Postfiskus 16 Thaler 24 Sgr. 5 Pf. zu zahlen; und dem Postfiskus auch die Kosten zur Last zu legen.

Von Rechts wegen.

Gründe.

Am 24. September 1851 wurde bei dem Königlichen Postamte zu Dortmund ein Geldbrief mit deklarirten 37 Thaler an Steuckhoff in Recklinghausen $1^{3}/_{4}$ Loth schwer in guter Verpackung und Versiegelung aufgeliefert. Bei der am Bestimmungsorte vorgenommenen Eröffnung des Geldbriefes ergab sich, daß derselbe seines Inhalts beraubt war. Der Ort, wo der Diebstahl verübt ist und die Person des Diebes haben nicht ausgemittelt werden können. Die Untersuchung hat jedoch herausgestellt, daß drei bei der Sache betheiligte Beamte, der Postsekretair Betgen in Dortmund, der ehemalige Post-Expediteur Neuburg in Herne und der ehemalige Post-Expeditions-Gehülfe Kettelbach in Recklinghausen dienstliche zur Beförderung der Geldsendungen gegebene Vorschriften außer Acht gelassen haben. Dieselben sind deshalb durch Resolution der Königlichen Oberpostdirection zu Arnsberg vom 27. Dezember 1852. auf Grund des §. 10. 2. 6. der Verordnung vom 24. Januar 1844. unter solidarischer Haftbarkeit für gehalten erklärt, bei Vermeidung der Exekution innerhalb vier Wochen den auf 37 Thlr. festgestellten, bereits aus der Königlichen Postkasse vorschußweise gedeckten Defizitbetrag und die zum Betrage von 13 Thlr. 13 Sgr. 3 Pfg. erwachsenen Untersuchungskosten mit dem dritten Theile des Gesammtbetrages für jeden Einzelnen mit 16 Thlr. 24 Sgr. 5 Pfg. zu bezahlen. Dem Post-Sekretair Betgen ist zur Last gelegt, daß er das Geldpaket nach Herne, in welchem der qu. Geldbrief am 15. September 1851. abgesandt worden ist, nicht, wie demselben obgelegen, selbst emballirt und verschnürt, sondern dieses Geschäft durch einen Unterbeamten habe verrichten lassen.

Digitized by Google

Der Post-Sekretair Betgen hat von der ihm nach §. 16. der Verordnung vom 24. Januar 1844. gegen das Resolut der Königlichen Oberpost-Direction zustehenden Berufung auf rechtliches Gehör Gebrauch gemacht und gebeten, ihn für nicht schuldig zu erklären, die 16 Thlr. 24 Sgr. 5 Pfg. zu zahlen. Er behauptet, der fragliche Brief sei unbestritten in Herne richtig angekommen, wenigstens müsse dies vermuthet werden, weil der Postbeamte in Herne denselben weiter spedirt habe, was offenbar nicht geschehen wäre, wenn an dem Briefe sich irgend eine Verletzung befunden hätte. Es sei auch nicht erwiesen, daß gerade in Folge der Emballirung und Verschnürung des Geldbriefpaquets zu Dortmund der Diebstahl verübt sei; überdies sei es auch auf den Postämtern gebräuchlich, daß die Unterbeamten — und nicht die expedirenden Sekretaire solche Geschäfte gewöhnlich besorgten. Der Verklagte hat unter Bestreitung dieser Behauptungen dagegen die Abweisung der Klage beantragt.

Das Einzige, was dem Kläger zur Last gelegt, und von ihm auch nicht bestritten ist, besteht darin, daß er das Verpacken und Einschnüren der Geldbriefe am 15. September 1851., unter denen sich der spolirte befand, nicht selbst besorgt hat. Es kann sich deshalb auch nur fragen, ob diese Unterlassung des Klägers eine solche ist, welche nach den Gesetzen eine Ersatzverbindlichkeit des entstandenen Schadens nach sich zieht. Zunächst ist das Gesetz für den vorliegenden Fall nicht maaßgebend. Es spricht von Kassenverletzungen und Defecten. Will man aber auch seine Anwendbarkeit überhaupt annehmen, so greifen dessen Bestimmungen doch hier nicht durch. Nach §. 10. der mehrerwähnten Verordnung soll die Verpflichtung zum Ersatz eines bei Kassen oder andern Verwaltungen entstandenen Defects, wenn dieser durch grobes Versehen entstanden ist, gegen jeden Beamten ausgesprochen werden, der an der Einnahme oder Ausgabe, der Erhebung, der Ablieferung oder dem Transport, von Kassengeldern oder andern Gegenständen vermöge seiner dienstlichen Stellung Theil zu nehmen hatte. Auch die Erfordernisse des qu.

Digitized by Google

§. fehlen. Denn einmal hatte der Kläger weder mit der Einnahme und Ausgabe, noch auch mit der Erhebung, Ablieferung, oder dem Transporte des Geldbriefs, in welchen Fällen nach §. 10. 2. d. l. c. die Ersatzverbindlichkeit eintreten soll, etwas zu schaffen; sodann aber auch mußte nachgewiesen sein, daß der Defect durch ein grobes Versehen *entstanden sei*, es kann nicht genügen, daß durch ein solches die *Möglichkeit* gegeben ist, daß in Folge dessen der Brief spolirt werden konnte. Dieser Beweis ist durchaus nicht geführt.

Ebensowenig können aber auch die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Verbindlichkeit zum Schadensersatz, insbesondere die vom Verklagten angezogenen §§. 25. und 49. Tit. 6. Thl. I. A. L. R. Anwendung finden, weil nicht erwiesen ist, daß durch die Unterlassung des Klägers resp. bei Verpackung des Geldbriefpaquets zu Dortmund der fragliche Geldbrief bestohlen sei.

Aus diesen Gründen mußte das Resolut vom 27. Dezember 1852., soweit es den Kläger betrifft, aufgehoben, und der letztere von seiner Ersatzverbindlichkeit freigesprochen werden. Die Entscheidung über den Kostenpunkt rechtfertigt sich nach §. 2. Tit. 23. der P. O.

Digitized by Google

L.

Welche Strafe trifft den, welcher schon im Umlaufe befindliches falsches Geld wissentlich an sich bringt und ausgibt?

(Strafgesetzbuch §. 122. 123.)

Mittheilung

von

Herrn Rechts-Anwalb Dr. **Mayer** in Hechingen.

Hechingen am Hohenzoller. H. wurde auf Grund des §. 122. des St. G. B. angeklagt, ein falsches Guldenstück an sich gebracht und in Umlauf gesetzt zu haben. Bei der Verhandlung vor dem hiesigen Schwurgerichte machte ich als Vertheidiger geltend, daß die Merkmale des Thatbestandes, wie sie in dem Gesetze vorgesehen sind, im konkreten Falle nicht zutreffen, denn nur Derjenige hat die Strafe wie der Falschmünzer verwirkt, der falsches Geld an sich bringt und in Umlauf setzt, nicht aber, wer dasselbe ausgibt. In der allegirten Gesetzesstelle kommt der Ausdruck: „in Umlauf setzen", und im folgenden §. 123. der Ausdruck: „wer falsches Geld ausgibt" vor, sicher nicht ohne Absicht, denn nur derjenige setzt das Geld in Umlauf, der dasselbe unmittelbar von dem Falschmünzer erhält, in dessen Hand es noch todt lag. Ist aber das Geld einmal in Cours gesetzt, so wird es von demjenigen, der es im Wege des Umlaufs erhält oder an sich bringt, weiter ausgegeben. Es sind also drei Fälle denkbar:

1. Das falsche Geld wird von dem Falschmünzer an sich gebracht und in Umlauf gesetzt.

Digitized by Google

2. Das falsche Geld wird, als solches, an sich gebracht, im Wege des erfolgten Umlaufes, und ausgegeben;
3. Das falsche Geld wird als ächt empfangen, und nach erkannter Unächtheit als ächt ausgegeben.

Der erste Fall ist im §. 122., und der dritte Fall im §. 123. vorgesehen; der zweite Fall aber kann unmöglich unter die Bestimmung des §. 122. subsumirt werden, da derjenige, der das schon in Umlauf gesetzte Geld an sich bringt und ausgibt, nicht eine Zuchthausstrafe von wenigstens fünf Jahren wie der Falschmünzer verwirkt haben kann, weil das abweichende Verhältniß bezüglich der Bemühungen und Bestrebungen allzuschroff hervortritt. Eine solche Härte wäre um so weniger als gerechtfertigt zu erachten, als die Handlung höchstens unter den Begriff des Betruges, im Sinne des §. 243. Zif. 3. und 4. gestellt werden kann. Die Geschworenen haben die Frage: Ist der Angeklagte schuldig, ꝛc. das falsche Guldenstück an sich gebracht und in Umlauf gesetzt zu haben? mit Nein, dagegen die Frage: Ist der Angeklagte schuldig, das falsche Guldenstück als ächt empfangen, und nach erkannter Unächtheit als ächt ausgegeben zu haben? mit Ja beantwortet. Das Strafgesetz scheint hier eine Lücke zu haben.

Digitized by Google

LI.

I. Eine durch die kompetente Staatsbehörde für den öffentlichen Elementar-Unterricht eingerichtete, mit einem Vorstande versehene Schulsocietät oder Schulgemeinde hat als solche die Eigenschaft einer Korporation.

(A. L. R. Th. II. §. 9. 17. 54. 34. 12. ff. II. 6. §. 25. ff.)

II. Unter einer fremden zugeschlagenen Gemeinde, welche gesetzlich zur Unterhaltung der Schulgebäude nur halb soviel, als ein Einwohner von gleicher Klasse an dem Orte, wo die Schule befindlich ist, beitragen soll, ist nicht jede außer dem Schulorte befindliche Gemeinde, sondern eine bisher für sich bestehende, nun aber zugeschlagene Schulgemeinde zu verstehen.

(A. L. R. II. 12. §. 35.)

III. Der §. 35. A. L. R. II. 12. bezieht sich nicht blos auf die Unterhaltung, sondern auch auf den Neubau.

Rechtsfall,

mitgetheilt von

Sommer.

Die vorliegende IIte Frage, war in den Erkenntnissen des Kreisgerichts Lüdenscheid und des Hammer Appellationsgerichts

Digitized by Google

verschieden entschieden und vom Obertribunal die in der Ueberschrift ausgeworfene Meinung angenommen. Die Entscheidungen I. und III., in sämmtlichen Erkenntnissen übereinstimmend gegeben, sind nicht minder wichtig für die Praxis.

Im Namen des Königs.

In Sachen 1. des Johannes Böley genannt Lambertsmann zu Böddinghausen, 2. Wittwe Vieregge, 3. Johann Peter Schulte, 4. Peter Bitter, 5. C. Heinr. Böllinghaus, 6. Wilh. Böllinghaus, 7. Wittwe Bäcker, 8. Diepenbahl, 9. C. D. Siepmann, 10. Carl Kettling, 11. Wittwe Bröcker, 12. Wittwe Schmidt, 13. Huster, 14. J. D. Böley, 15. Joh. Diedr. Sechtenbeck, sämmtlich in Böddinghausen, 16. Arnold Mürmann, 17. Heinr. Höver, 18. Wittwe Höver, 19. Peter Bushaus, 20. Wittwe Herzhoff, 21. P. C. Birkenhoff, 22. P. W. Middendorf, von 16 — 22 in Hechmecke und Marl, 23. P. C. Voßloh, 24. Carl Langemann beide zu Eschen. 25. Christoph Högel im Soen, 26. Peter Diedr. Kordt zum Huenberg, 27. J. H. Belemann zum Huenberg, 28. Arnold Kirchstrüßer in Brockhausen, — Kläger und Appellanten

wider

die städtische evangelische Schulgemeinde zu Plettenberg, vertreten durch a. Pfarrer Schirmer, b. Bürgermeister von Schachtmeyer, c. D. W. Gregory und d. P. H. Schulte,

Verklagte und Appellatin,

hat der Civil-Senat des Königlichen Appellationsgerichts zu Hamm, in seiner Sitzung vom 22. Januar 1852., an welcher Theil nahmen: der Appellationsgerichts-Präsident Lent, die Appellationsgerichts-Räthe Regenhertz und Otto und die Kreisrichter von Diepenbroick-Grüter und Lennich, auf mündliche Verhandlung, den Acten gemäß

für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Königlichen Kreisgerichts zu Lü-

Digitized by Google

bescheid vom 24. Juni 1851. dahin abzuändern: daß jeder der Kläger nur verpflichtet sei, zu den Kosten des Ankaufs und Baues der neuen Schule in Plettenberg halb so viel beizutragen, als ein Einwohner der Stadt Plettenberg; daß von den Kosten I. Instanz drei Viertel den Klägern, ein Viertel der Verklagten aufzuerlegen;

daß ferner die gerichtlichen Kosten der II. Instanz jedem Theile zur Hälfte zur Last zu setzen und die außergerichtlichen Kosten II. Instanz zu kompensiren.

Von Rechts Wegen.

Gründe:

Bis zum Jahre 1818. bestanden in der Stadt Plettenberg zwei Schulen, eine lutherische und eine reformirte. Auf den die Stadt umgebenden Dorfschaften und Höfen, dem jetzigen Amte Plettenberg, wozu auch die Wohnorte der Kläger gehören, wurde der Schul-Unterricht von Lehrern ertheilt, die von den Eingesessenen selbst besoldet wurden. In den Jahren 1818. und 1819. wurden jedoch in Plettenberg und dessen ländlichem Bezirke die Schulgemeinden in der Weise organisirt, daß die beiden eben erwähnten Schulen bestehen blieben, und zwar nicht nur für den städtischen Bezirk, sondern auch für die Wohnorte der Kläger; der übrige Theil des Amtes Plettenberg wurde in vier Schulbezirke getheilt. — Die evangelische städtische Schulgemeinde kaufte hierauf im Jahre 1841. ein altes Gebäude an und ließ dasselbe zu einem neuen Schulhause für sich einrichten. Die desfallsigen Kosten wurden den Eingesessenen des Schulbezirks und also auch den Klägern nach Verhältniß der Grund- und Klassensteuer auferlegt.

Hierdurch finden sich die Kläger beschwert und tragen der evangelischen Schulgemeinde zu Plettenberg gegenüber klagend darauf an, zu erkennen:

principaliter, daß sie nicht verpflichtet, zu den Kosten des Ankaufs und Baues der neuen Schule zu Plettenberg bei-

Digitized by Google

zutragen, eventuell, daß Jeder von ihnen nur verpflichtet ist, zu den Kosten des Ankaufs und des Baues der neuen Schule zu Plettenberg halb so viel beizutragen, als ein Einwohner der Stadt Plettenberg.

Das Königliche Kreisgericht zu Lüdenscheid hat die Kläger mit diesen Anträgen durch Erkenntniß vom 24. Juni 1851. abgewiesen.

In Betreff der Abweisung des Prinzipal-Antrages ist zwar Seitens der Kläger das Rechtsmittel der Appellation rechtzeitig angemeldet und eingeführt, jedoch von dem klägerischen Mandatar II. Instanz zurückgenommen.

Den Eventual-Antrag stützen Kläger auf §. 35. II. 12. A. L. R. indem sie behaupten, daß sie als Mitglieder einer fremden, im Jahre 1819. der städtischen evangelischen Schule zu Plettenberg zugeschlagenen Gemeinde angesehen werden müßten, möge der citirte §. bei den Worten: „einer fremden zugeschlagenen Gemeinde," — eine Schulgemeinde oder eine politische im Auge haben.

In ersterer Beziehung berufen sie sich darauf, daß vor 1819. keines der klägerischen Dörfer zur Stadtschule gehört, an der Verwaltung derselben Theil genommen oder zu den Kosten derselben beigetragen habe. Ihre Kinder hätten im Gegentheile immer die eigenen Dorfschulen besucht, deren Lehrer von ihnen selbst besoldet seien. So habe namentlich Böddinghausen zur gedachten Zeit immer seine eigene Schule gehabt. Die Dörfer Hechmecke und Marl sollen zu der in Holthausen bestandenen Schule gehört haben. Auch die übrigen Dörfer und Höfe der Kläger hätten theils mit Böddinghausen, theils mit Landemert und Dankelmert im Schulverbande gestanden.

Auch zu einer fremden politischen Gemeinde wollen Kläger vor 1819. gehört haben. Vor bergischen Zeiten seien nämlich, behaupten sie, Stadt- und Landgemeinde Plettenberg immer getrennt gewesen. Später hätten sie allerdings beide denselben Maire bekommen, jedoch sei auch die Verwaltung und Rechnung

Digitized by Google

der beiden Gemeinden immer getrennt gewesen. Zum Gehalte des Maire habe die Stadt ein Drittel, das Amt zwei Drittel beigetragen. In ganz derselben Weise sei auch das Verhältniß zu preußischen Zeiten bis zum Jahre 1837. geblieben.

Der verklagte Stadtvorstand macht hiergegen zuerst den Einwand der mangelnden Passivlegitimation, insofern, als der Amtmann Wiehl, welcher ebenfalls zum Vorstande der evangelischen Schulgemeinde zu Plettenberg gehöre, in rubro unter den Vertretern derselben nicht mit aufgeführt sei.

Gegen den eventuellen Antrag der Kläger wird sodann angeführt: dieselben hätten gar nicht vor 1819. zu einer fremden Schulgemeinde gehört. Es wird zwar nicht geleugnet, daß die Kläger vor jener Zeit ihre Kinder in eigene Schulen geschickt hätten, doch werden diese als sogenannte Heck- oder Winkelschulen geschildert, die weder konzessionirt, noch mit geprüften qualifizirten Lehrern versehen gewesen seien. Eigentliche Schulgemeinden hätten sie nie gebildet, sondern das ganze Amt Plettenberg, also auch die Kläger, hätten zu den beiden Schulgemeinden der Stadt Plettenberg gehört, indem deren Gebiet, als confessioneller Schulen, mit dem Parochial-Bezirk gleich gewesen sei.

Auch habe, wird ferner verklagtischerseits ausgeführt, zur Zeit der erwähnten Schul-Organisation, das Amt mit der Stadt Plettenberg nur eine politische Gemeinde gebildet, mit einem gemeinschaftlichen Gesammt-Haushalts-Etat. — Die verklagte Schulgemeinde beantragt aus diesen Grüunden

Abweisung des Eventual-Antrages —

und ist demgemäß auch — wie oben bereits bemerkt — erkannt, daß Kläger auch mit diesem Antrage abzuweisen, nachdem vorher von dem königlichen Kreisgericht zu Lüdenscheid Beweis darüber aufgenommen ist, ob Kläger vor 1819. zu einem bestimmten Schulbezirke des Amtes Plettenberg und nicht zu dem städtischen Schulbezirke gehört haben.

Auf Grund der Aussagen der hierüber Seitens der Kläger benannten Zeugen und der beigefügten amtlichen Verhandlun-

Digitized by Google

gen hat das erkennende Gericht nämlich angenommen, daß in den Dörfern der Kläger vor 1819. keine öffentliche Schulen bestanden und daß dieselben für sich keine Schulgemeinden gebildet hätten; daß vielmehr das Gebiet der beiden Stadtschulen bei ihrem confessionellen Charakter als mit dem der Kirchengemeinden vor 1819. übereinstimmend erachtet werden müsse, letzteres sich aber auch auf die Ortschaften der Kläger erstreckt habe. Die Kläger seien daher niemals Mitglieder einer im Sinne des §. 35. Thl. II. Tit. 12. des A. L. R. „fremden Gemeinde" gewesen und nicht im Jahre 1819. der städtischen Schulgemeinde erst „zugeschlagen."

Gegen diese Entscheidung haben die Kläger rechtzeitig und in gehöriger Form appellirt.

Sie führen nämlich aus, daß der §. cit. unter fremder zugeschlagener Gemeinde jede zum Schulverbande herangezogene, in welcher sich die Schule nicht befinde, verstehe, und benennen noch mehrere Zeugen, daß sie vor 1819. für ihre Jugend auf dem Lande besondere Schulen gehabt und zu den Kosten der Stadtschule nicht beigetragen hätten.

Zudem berufen sie sich darauf, daß ein verklagtischerseits vorgebrachtes Rescript des Landraths vom 26. Oktober 1827. sie gradezu als „zugeschlagene" benenne. Sie bitten daher um Abänderung des ersten Erkenntnisses und Sentenz pro petito libelli

Die verklagte Schulgemeinde macht gegen die Klage vorerst den Einwand der mangelnden Passiv-Legitimation, da sich Kläger an alle übrigen Contribuenten hätte halten müssen; daß dies aber nicht allein die Kläger und Städter seien, solle die Königliche Regierung attestiren. Ferner wird der Eventual-Antrag als hinfällig bezeichnet, da Kläger nicht einmal angegeben hätten, mit welcher Klasse der Einwohner Plettenberg's sie verglichen sein wollten. Daß aber unter diesen Arme und Reiche wären, könne der Magistrat bekunden, und daß die Beiträge derselben sehr verschieden seien, solle die Königliche Regierung

Digitized by Google

attestiren. Den Antrag auch für unbegründet haltend wird gebeten:

das erste Erkenntniß zu bestätigen.

Formalia appellationis sind berichtigt.

In der Sache selbst war dem Antrage der Kläger gemäß das erste Erkenntniß dahin abzuändern, daß jeder der Kläger nur verpflichtet sei, zu den Kosten des Ankaufs und Baues der neuen Schule zu Plettenberg halb so viel beizutragen, als ein Einwohner der Stadt Plettenberg.

Der der Klage entgegengestellte Einwand der mangelnden Passiv-Legitimation ist vorerst zu verwerfen. Derselbe ist nämlich gegründet darauf: daß der Amtmann Wiehl, welcher auch Vorstandsmitglied, in rubro unter denselben nicht mit aufgeführt sei. Jedoch die eigentlich verklagte Partei ist hier die evangelische Schulgemeinde in Plettenberg, der Einwand betrifft also gar nicht die Passiv-Legitimation.

Die in zweiter Instanz von der Verklagten aufgestellte Ansicht, daß nicht sie, sondern die übrigen Contribuenten hätten verklagt werden müssen, ist nicht begründet, da nicht die übrigen Contribuenten, sondern die Verklagte von den Klägern die vollen Beiträge gefordert hat, daher auch der Verklagten gegenüber die Nichtverpflichtung der Kläger ausgeführt werden mußte.

Was den ebenfalls noch gegen den Eventual-Antrag der Kläger gemachten Einwand betrifft, dieser Antrag sei ganz unverständlich und hinfällig, so ist auch dieser zu verwerfen, da das petitum mit dem Klagefundamente, im Zusammenhang betrachtet, gar nicht anders verstanden werden kann, als daß die Kläger mit Einwohnern der Stadt Plettenberg von gleicher Klasse verglichen sein wollen.

Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites hängt also allein von der richtigen Interpretation des §. 35. Thl. II. Tit. 12. des A. L. R. ab.

Dieser §. lautet:

„doch trägt das Mitglied einer fremden zugeschlagenen

Digitized by Google

Gemeinde zur Unterhaltung der Gebäude nur halb so viel bei, als ein Einwohner von gleicher Klasse an dem Orte, wo die Schule befindlich ist."

Der verklagterseits aufgestellten Behauptung, der obige §. spreche nur von Unterhaltung, nicht von Neubau der Gebäude, kann unmöglich beigestimmt werden. Wenn Verklagte, wie es scheint, in dem Ausdrucke „Unterhaltung" nur den Begriff von Reparaturen finden, so ist diese Annahme offenbar gegen die gewöhnliche Bedeutung dieses Worts, von der abzuweichen hier kein Grund vorliegt. — Ein Gebäude zu einem dauernden Zweck unterhalten, heißt nämlich nicht bloß „im Stande halten," sondern dafür sorgen, daß ein solches Gebäude immer vorhanden ist. — Daß das Wort „Unterhaltung" im §. 35. cit. diese Bedeutung habe, dafür spricht insbesondere der Umstand, daß es sonst an einer gesetzlichen Bestimmung über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten des Baues einer neuen Schule fehlen würde.

Die Kläger sind daher nur verpflichtet, die Hälfte der ihnen nach gewöhnlicher Berechnung auferlegten Kosten zu tragen, wenn sie als Mitglieder einer fremden im Jahre 1819. der städtischen Schulgemeinde zugeschlagenen Gemeinde betrachtet werden können und müssen. Dies ist aber nach richtiger Auslegung des mehrerwähnten §. 35. II. 12. A. L. R. anzunehmen.

Derselbe unterscheidet zwischen den Mitgliedern einer fremden zugeschlagenen Gemeinde und den Einwohnern des Ortes, wo die Schule befindlich ist. Aus diesem Gegensatze geht deutlich hervor, daß unter der fremden Gemeinde eine von der Gemeinde des Orts, in welcher die Schule sich befindet, verschiedene politische Gemeinde verstanden ist; denn der Ort als ein geographisch abgegrenzter Bezirk kann keinen Gegensatz bilden gegen eine Schulgemeinde, deren es mehrere an einem Orte oder auch nur eine für mehrere Orte geben kann. Mitglieder einer fremden zugeschlagenen Gemeinde im Sinne des §. 35. cit. sind also offenbar diejenigen, welche zur Schule gewiesen sind, ohne Einwohner des Schulorts zu sein. Daß jene zur Unterhaltung der

Digitized by Google

Schulgebäude nur halb so viel beitragen sollen, als diese, hat unverkennbar darin seinen Grund, daß die Einwohner des Schulorts wegen der Nähe der Schule erhebliche Vortheile vor den Mitgliedern der fremden Gemeinden genießen, wofür ihnen auch eine größere Last auferlegt werden soll. — Die Kläger gehörten vor dem Jahre 1849. ebensowenig als später und jetzt zur politischen Gemeinde der Stadt Plettenberg, da notorisch auch vor Einführung der Städte-Ordnung die Stadt und das Amt Plettenberg verschiedene Körperschaften bildeten, wenngleich sie eine Zeitlang unter derselben Verwaltung gestanden haben.

Der §. 35 cit. findet daher auf die Kläger Anwendung und der eventuelle Klageantrag erscheint somach als begründet.

Das erste Erkenntniß mußte deshalb wie geschehen reformirt werden.

Die in Betreff des Kostenpunkts getroffene Bestimmung gründet sich auf §. 6. und §. 3. Nr. 2. Thl. I. Tit 23. der A. G. O. — und auf §. 9. des Gesetzes vom 10. März 1851. den Ansatz und die Erhebung der Gerichtskosten betreffend.

Im Namen des Königs.

In Sachen der städtischen evangelischen Schulgemeinde zu Plettenberg, vertreten durch den Schulvorstand Pfarrer Schirmer und Genossen daselbst, Beklagten und Revidenten,

wider

die Blatt 198. der Akten verzeichneten Bewohner des Amtes Plettenberg: Johannes Boeley genannt Landwehrmann zu Boeckinghausen und Genossen, Kläger und Revisen,

hat das Plenum des Königlichen Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 20. Juni 1863, an welcher Theil genommen haben:

der Präsident Dr. Bornemann, die Ober-Tribunals-Räthe Wirklicher Geheimer Ober-Justiz-Rath Dr. Busse, Dr. Götze und Kuhlmeyer,

Digitized by Google

die Geheimen Obertribunals Räthe Dr. v. Tschirschky, Wille I, Zettwach, Elsner, Hoppe, Decker, Wille II, Professor Dr. Heffter, Höpner, Voswinkel, Ulrich, Gab, Scholtz, Professor Dr. Homeyer, Dr. Walbeck, Ballhorn, Dr. Löwenberg, Rathmann, Heinsius, Brunnemann, Meyer, Stosch, Belitz, Forni, Goltdammer, Hübner, Bergmann, v. Ohlen, Voitus, und der Kammergerichts Rath Dr. Schütz, für Recht erkannt,

daß unter Abänderung des Erkenntnisses des Civil-Senats des Königlichen Appelationsgerichts zu Hamm vom 22. Januar 1852 das Erkenntniß des Königlichen Kreisgerichts zu Lüdenscheid vom 24. Juni 1851 wiederherzustellen, von den Kosten erster Instanz den Klägern drei Viertel, der Verklagten ein Viertel aufzuerlegen, die gerichtlichen Kosten zweiter und dritter Instanz aber jedem Theile zur Hälfte zur Last zu setzen und die außergerichtlichen Kosten zweiter und dritter Instanz zu kompensiren.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Zufolge der im Jahre 1818 vorgenommenen Organisation der Schulgemeinden in der Stadt und dem Amt Plettenberg gehören die Wohnorte der Kläger im Amte Plettenberg zu der evangelischen städtischen Schulgemeinde. Die Kläger sind deshalb, als diese Schulgemeinde im Jahre 1841 ein altes Gebäude ankaufte und zu einem Schulhause für sich einrichten ließ, gleich den übrigen Eingesessenen des Schulbezirks, nach Verhältniß der Grund und Klassensteuer, zur Zahlung von Beiträgen zu den Kosten dieses Ankaufes und Baues der neuen Schule angehalten worden. Hiedurch fanden sie sich beschwert und klagten gegen die evangelische Schulgemeinde zu Plettenberg mit dem Antrage, zu erkennen:

principaliter, daß sie nicht verpflichtet, zu den Kosten

des Ankaufs und Baues der neuen Schule zu Plettenberg beizutragen;

eventualiter, daß Jeder von ihnen nur verpflichtet sei, zu den Kosten des Ankaufs und des Baues der neuen Schule zu Plettenberg halb so viel beizutragen, als ein Einwohner der Stadt Plettenberg.

Nach dem sie in erster Instanz mit beiden Anträgen abgewiesen worden, ließen sie in der Appellationsinstanz ihren Principal-Antrag fallen. Dagegen ist in zweiter Instanz ihrem eventuellen Antrage gemäß erkannt worden, weshalb von der Verklagten die Revision eingelegt worden ist.

Was nun zunächst den Einwand der fehlenden Passiv-Legitimation betrifft, so erscheint derselbe nicht begründet. Denn die Verklagte ist eine durch kompetente Staatsbehörde für den öffentlichen Elementar-Unterricht eingerichtete, mit einem Vorstande versehene Schulsocietät oder Schulgemeinde, hat als solche die Eigenschaft einer Korporation und konnte also auch in dieser ihrer Eigenschaft belangt werden. Dieser Ansicht steht der §. 54 Thl. II. Tit. 12 des A. L. R. nicht entgegen. Denn wenn in diesem Gesetze den Gymnasien und gelehrten Schulen die äußeren Rechte der Korporationen beigelegt werden, so folgt daraus noch nicht, daß den sogenannten Schulen, von denen in den §§. 12 u. folg. a. a. O. gehandelt wird, die Eigenschaft einer Korporation schlechthin abzusprechen sei. Vielmehr muß bei gemeinen Schulen, während den höheren Lehranstalten jene Eigenschaft nach dem Gesetze unbedingt zukommt, dasjenige maaßgebend sein, was überhaupt nach den allgemeinen Gesetzen über den Begriff einer Korporation entscheidet. In dieser Beziehung ist auf die Bestimmungen in den §§. 25 u. folg. Thl. II Tit. 6 des Allgemeinen Landrechts zurückzugehen. Der §. 25 a. a. O. verordnet:

Die Rechte der Korporationen und Gemeinen kommen nur solchen vom Staat genehmigten Gesellschaften zu, die

Digitized by Google

sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben.

Diese gesetzlichen Voraussetzungen sind hier sämmtlich vorhanden.

Der Zweck, eine Elementarschule zu haben und zu unterhalten, ist ohne Zweifel ein gemeinnütziger und eben so seiner Natur nach ein fortdauernder, weil die Schule ein Bedürfniß der gegenwärtigen und künftigen Einwohner ihres Bezirks ist und bleibt.

Ferner geht schon aus der Zusammenstellung der Vorschriften der §§. 9 — 17. und 34. Thl. II. Tit. 12. des A. L. R. hervor, daß der Bezirk einer öffentlichen Elementarschule und die Anweisung derselben für die Gesammtheit aller oder gewisser Einwohner des Bezirks ebensowenig ohne Aufsicht und ohne Genehmigung des Staats ins Leben treten könne, als die Gründung einer öffentlichen Schule überhaupt ohne sie nicht denkbar und möglich ist. Es ist auch den Provinzial-Regierungen und zwar der Abtheilung für die Kirchenverwaltung und das Schulwesen neben dem Auftrag der Beaufsichtigung und Verwaltung des gesammten Elementar-Schulwesens und der Oberaufsicht über die Vermögensverwaltung der Elementarschulen, ausdrücklich die Bestimmung gegeben: Schulsocietäten einzurichten und zu vertheilen, wo die Ortschaften es wünschen, oder Lokalumstände es nöthig machen.

Regierungs-Instruction vom 23. October 1817. §. 1. litr. e. g. und k. (Gesetzsammlung 248.) Kabinets-Order vom 31. Dezember 1825. (Gesetz-Sammlung 1826. Seite 8.)

Daß endlich die Existenz einer solchen Schulsocietät ohne Vorsteher nicht gedacht worden sei und werden könne, ergibt sich schon aus den Vorschriften der §§. 12. 13. 15. 16. Thl. II Tit. 12. des Allgemeinen Landrechts, welche die Vorsteher für jede öffentliche Elementarschule bezeichnen. Es findet sich also auch bei

Digitized by Google

ihnen dieses im §. 137. Thl. 6. des Allgemeinen Landrechts nothwendig erklärte Erforderniß einer Korporation vor.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob und in wie weit Schulen, welche von den Magisträten, Kirchen milden Stiftungen errichtet sind und lediglich in diesen Korporationen ihre Vertretung haben, als besondere Korporationen angesehen werden. Unzweifelhaft folgt aber aus den allgemeinen Vorschriften, daß die in Folge der allegirten Regierungs-Instruktion eingerichteten Schulsocietäten oder Schulgemeinden, welche mit einem Schulvorstande versehen sind und durch diesen unter Aufsicht der Staatsbehörde vertreten werden, Korporationsrechte haben.

Der Präjudicial-Einwand der fehlenden Passivlegitimation ist hiernach zwar nicht begründet; dagegen erscheint der Einwand, daß der Anspruch selbst, den die Kläger aus dem §. 35. Thl. II. Tit. 12. des A. L. R. herleiten, unhaltbar sei, gerechtfertigt.

Nachdem in den vorhergehenden §§. 29. und 30. a. a. O. bestimmt worden ist:

> §. 29. Wo keine Stiftungen für die gemeinen Schulen vorhanden sind, liegt die Unterhaltung der Lehrer den sämmtlichen Hausvätern jedes Ortes, ohne Unterschied: ob sie Kinder haben oder nicht und ohne Unterschied des Glaubensbekenntnisses ob.
>
> §. 30. Sind jedoch für die Einwohner verschiedenen Glaubensbekenntnisses an Einem Orte mehrere gemeine Schulen errichtet, so ist jeder Einwohner nur zur Unterhaltung des Schullehrers von seiner Religionspartei beizutragen verbunden,

verordnen die §§. 34. und 35. a. a. O.

> §. 34. Auch die Unterhaltung der Schulgebäude und Schulmeister-Wohnungen muß, als gemeine Last, von allen zu einer solchen Schule gewiesenen Einwohnern ohne Unterschied getragen werden;
>
> §. 35. Doch trägt das Mitglied einer fremden zugeschlagenen Gemeine zur Unterhaltung der Gebäude nur halb so viel

Digitized by Google

bei, als ein Einwohner von gleicher Klasse an dem Orte, wo die Schule befindlich ist.

Der Appellationsrichter folgert aus dem Gegensatze, welcher hier zwischen den Mitgliedern einer fremden zugeschlagenen Gemeinde und den Einwohnern des Orts, in welchem die Schule sich befindet, aufgestellt worden ist, daß unter der fremden Gemeinde eine von der Gemeinde des Orts, in welcher die Schule sich befindet, verschiedene politische Gemeinde verstanden sei; indem der Ort, als ein geographisch abgegrenzter Bezirk keinen Gegensatz bilden könne gegen eine Schulgemeinde, deren es mehrere an einem Orte oder auch nur eine für mehrere Orte geben könne. Da nun die Kläger im Jahre 1818. und auch weder früher noch später zur politischen Gemeinde der Stadt Plettenberg, sondern zu der besonderen Köperschaft des Amtes Plettenberg gehört hätten und noch gehörten, so finde der §. 35. a. a. O. auf sie Anwendung.

Diese Ansicht kann jedoch nicht für haltbar erachtet werden.

In den vorgedachten Bestimmungen ist überall von einer politischen Gemeinde nicht die Rede, sondern nur: von den Hausvätern, von den Einwohnern eines Orts, wo eine Schule errichtet ist, oder wo für die Einwohner verschiedenen Glaubens-Bekenntnisses mehrere Schulen errichtet worden sind und von den zu einer Schule gewiesenen Einwohnern. Es ist hier also nur das Verhältniß zur Schule, nicht aber zu irgend einer anderen Körperschaft und namentlich auch nicht zur bürgerlichen Gemeinde ins Auge gefaßt worden, was auch insofern in den bestehenden Verhältnissen seine Begründung findet, als die Grenzen der bürgerlichen Gemeinde von denen der Schulgemeinde häufig verschieden sind und selbst die persönlichen Voraussetzungen der Mitgliedschaft der einen oder der anderen nicht übereinstimmen. Die zu einer Schule gewiesenen Einwohner eines Orts oder eines Bezirks bilden hiernach die Schulgemeinde in dem von ihnen bewohnten Schulbezirk, welcher bei dem Vorhandensein verschiede-

Digitized by Google

ner Konfessionsschulen ebenfalls für eine jede solcher Schulgemeinden verschieden begrenzt sein kann. Der §. 34. verpflichtet die Mitglieder dieser Schulgemeinde ohne Unterschied zur gemeinsamen Bestreitung der Kosten der Unterhaltung der Schulgebäude und Schulmeister-Wohnungen. Wenn also der §. 35. hinzufügt: daß das Mitglied einer fremden zugeschlagenen Gemeinde zur Unterhaltung der Gebäude nur halb so viel beitragen solle, als ein Einwohner von gleicher Klasse an dem Orte, wo die Schule befindlich ist, so kann diese Beschränkung immer nur von dem ausdrücklich vorausgesetzten Falle gelten, wenn eine fremde Gemeinde zugeschlagen worden ist, was füglich nicht anders zu verstehen ist, als daß eine fremde Schulgemeinde der im §. 34. bezeichneten Schulgemeinde zugeschlagen wird. Alsdann sollen die Mitglieder dieser zugeschlagenen Gemeinde nur halb so viel beitragen, als die Einwohner des Schulorts oder des Orts, wo die Schule befindlich ist, mithin als die Mitglieder derjenigen Schulgemeinde, zu welcher jene Gemeinde zugeschlagen worden ist.

In den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts §. 723. und §§. 294. und folg. Thl. II. Titel 11. über die Gastgemeinden wird von der Zuschlagung ganzer Gemeinden zu benachbarten Kirchen, im Gegensatz zu dem Beitritt oder der Zuweisung einzelner Einwohner gesprochen; was ebenfalls die Annahme, daß dieselbe Ausdrucksweise dem §. 35. Thl. II. Tit. 12. des A. L. R. zum Grunde liege und daher die obige Auslegung dieses Gesetzes unterstützt.

Im vorliegenden Falle ist die Einrichtung der Schulen im Amtsbezirk Plettenberg Seitens der Königlichen Regierung erst in den Jahren von 1817 — 1819. definitiv festgestellt worden. Bis dahin war, während in der Stadt Plettenberg zwei Schulen, eine lutherische und eine reformirte bestanden hatten, auf den die Stadt umgebenden Dorfschaften und Höfen, in dem jetzigen Amtsbezirk Plettenberg, von Lehrern Schulunterricht ertheilt worden, welche von den Eingesessenen selbst angenommen und besoldet wurden. Als nun bei jener Gelegenheit das Amt in Schulbe-

Digitized by Google

zirke eingetheilt wurde, ward der von den Klägern bewohnte der Stadt näher gelegene Theil des Amtsbezirks dem städtischen, mit den gedachten Schulen versehenen Schulbezirk zugewiesen, während der übrige Theil des Amts in vier Schulbezirke eingetheilt wurde. Die Verklagte hat der Klage den Einwand entgegengestellt, daß früher die Parochien der lutherischen und reformirten Gemeinden, welche sich auf Stadt und Amt Plettenberg ausgedehnt hätten, auch zugleich die eigentlichen Schulbezirke der beiden in Plettenberg befindlichen Konfessions-Schulen gebildet hätten und daß, wenn auch die Amtsbewohner vor der gedachten Organisation der Schulbezirke ihre Kinder in eigene Schulen geschickt hätten, dies doch nur s. g. Winkelschulen gewesen wären und sie eigentliche Schulgemeinden niemals gebildet hätten.

Die Kläger bestreiten hiergegen, daß das Amt und die Stadt Plettenberg zusammen früher nur einen Schulbezirk ausgemacht hätten und hierfür der Umstand irgend eine rechtliche Vermuthung abgeben könne, daß das Amt mit der Stadt Plettenberg im Kirchspielsverband stehe. Sie schließen vielmehr daraus, daß die Amtsbewohner vor 1819. in verschiedenen Ortschaften ihre besonderen Schulen für ihre Kinder hatten, daß sie auch besondere Schulgemeinden gebildet hätten.

Allein, wenn man auch nicht als erwiesen annehmen kann, daß die städtischen Konfessionsschulen als Kirchspielsschulen für die ganzen Parochialbezirke, einschließlich des Amts, errichtet worden seien, wodurch überhaupt eine Zuweisung neuer Mitglieder zu der städtischen Schule von selbst ausgeschlossen wäre, so kann doch anderer Seits eben so wenig für festgestellt angenommen werden, daß die gedachten Voraussetzungen des §. 35. vorhanden sind. Denn, wenn auch die Bewohner des Amts Plettenberg vor der Organisation der Schulbezirke in den Jahren 1817 — 1819. in den verschiedenen Ortschaften selbstbesoldete Lehrer und Schulen gehabt haben, so hat doch erweislich bis dahin eine Eintheilung des Amts in besondere Schulbezirke nicht bestanden; diese ist erst

Digitized by Google

im Jahre 1819. von der kompetenten Behörde vorgenommen worden und in Folge dessen die Zuweisung der Kläger zu der verklagten Schulgemeinde erfolgt. Auf jeden Fall ist nicht angegeben und erkennbar, daß und welche Gemeinde durch diese Zuweisung der Kläger zu dem städtischen Schulverbande diesem letzteren zugeschlagen worden ist, woraus denn von selbst folgt, daß die Kläger die Vorschrift des §. 35. a. a. O., welche eine solche Zuschlagung voraussetzt, für sich nicht in Anwendung bringen können. Der Richter erster Instanz hat sie daher mit Recht auch mit ihrem eventuellen Klageantrage abgewiesen. Dessen Urtel war deshalb wieder herzustellen und der Kostenpunkt nach §. 10. Titel 23. der Prozeß-Ordnung, wie geschehen, zu bestimmen.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterschrift des Königlichen Ober-Tribunals.

Berlin, den 20. Juni 1853.

Mühler.

Digitized by Google

LII.

Ueber §. 38. I., 13. A. G. O. und die Rechtskraft der Urtelsgründe

von

Dr. jur. **Förster**, Kreisrichter in Löwenberg i./Schl.

Die Frage, ob und in wie weit Entscheidungsgründe eines Urtels rechtskräftig werden können, ist jetzt eigentlich nur noch unter den gemeinrechtlichen Juristen eine Controverse: die preußischen halten sie durch den scheinbar unzweifelhaften und klaren §. 38. I. 13. A. G. O. für abgethan, und man trifft kaum in unserer Litteratur oder in veröffentlichten Entscheidungen auf eine mehr als beiläufige Erwähnung derselben.

Für das gemeine Recht ist diese Streitfrage neuerdings wieder, außer Andern, besonders durch von Savigny (System des röm. R. B. 6. §. 291 — 294) untersucht worden. Letzterer hat seine Erörterung auch auf das preußische Recht ausgedehnt und sich gegen die Auslegung erklärt, welche unsere Praxis gewöhnlich mit §. 38. cit. verbindet.

Durch diese Ausführung ist Verfasser zu nachstehendem kleinen Aufsatz angeregt worden, den er des practischen Interesses wegen der Prüfung vorlegt.

Nach drei Richtungen sind, wie Savigny S. 387. a. a. O. zeigt, die Ansichten über die Rechtskraft der Gründe bisher auseinander gegangen. Einige verneinen dieselbe unbedingt, andere

Digitized by Google

gestehen sie unter der Voraussetzung zu, daß die Gründe in den s. g. Tenor aufgenommen sind, noch andere betrachten Tenor und Gründe als ein logisches Ganze, und legen den letztern, auch wenn sie nicht in dem ersteren enthalten sind, die Fähigkeit bei, zugleich mit ihm rechtskräftig zu werden.

An diese Ansicht schloßen sich die Neueren mit mehr oder weniger Beschränkung an. Savigny macht einen Unterschied zwischen objectiven und subjectiven Gründen, von denen er jene rechtskräftig werden läßt. Der Sinn dieser Unterscheidung ist folgender:

Das Urtheil steht in unzertrennlicher Verbindung mit den vom Richter bejahten oder verneinten Rechtsverhältnissen, von denen die Verurtheilung des Beklagten oder die Abweisung des Klägers, welche den rein praktischen Theil des Urtheils bildet, logisch abhängig ist. Diese Rechtsverhältnisse, welche der Richter erst feststellen muß, um daraus den Schlußsatz der Verurtheilung oder Abweisung gewinnen zu können, sind mithin die Elemente, die unmittelbaren logischen Vordersätze des eigentlich disponirenden Urtheils; ihre Feststellung ist eine Entscheidung, ein Resultat der Deduktion des Richters, und hat, weil sie Resultat ist, objectiven Character. Darum heißen diese festgestellten Rechtsverhältnisse die objectiven Gründe, welche sich von der bloßen Deduction des Richters, den subjectiven Gründen, im Wesen bestimmt genug unterscheiden.

Es wird nun allen denjenigen Bestandtheilen eines Urtheils die Fähigkeit beigelegt, in die Rechtskraft überzugehen, welche Entscheidungen sind, und es ist zunächst eine gleichgültige, rein äußerliche Sache der Fassung, ob diese Entscheidungen über oder unter der Formel V. R. W., im Tenor oder unter den s. g. Gründen, zu suchen sind.

Man kann also sagen:

> Alles, was der Richter in seinem Urtel entscheidet, geht in Rechtskraft über.

Was entscheidet aber der Richter? Nur die Verur-

Digitized by Google

theilung des Beklagten resp. Abweisung des Klägers, oder zugleich das ganze Rechtsverhältniß, welches die Parteien vor ihn gebracht, und von welchem jener Ausspruch nur die letzte praktische Consequenz ist? Verfasser erklärt sich für die letztere Ansicht. Die richterliche Entscheidung muß das Rechtsverhältniß selbst erfassen, Grund und Gegengrund prüfen und definitiv erledigen. Es muß daher ebensowohl über das Fundament der Klage als über die Einrede des Beklagten entschieden werden, um den Parteien die Sicherheit zu gewähren, daß weder dieselbe Einrede in einem neuen Prozeß Klagefundament werden, noch umgekehrt der verworfene Klagegrund später wieder als Einrede benutzt werden kann.

Dieser Ansicht wird entgegnet werden, daß der Richter welcher sich streng an die Parteianträge zu halten hat, und nicht darüber hinausgreifen darf, nur dann befugt ist, über die Einrede zu entscheiden, wenn sich Beklagter derselben wiederklagend bedient hat, nicht aber, wenn sie nur als Abwehr gegen den Anspruch des Klägers hingestellt worden. Wir halten den Vordersatz für unbestreitbar richtig, die Folgerung daraus aber nur insoweit, als der Richter über eine verworfene oder für durchgreifend erachtete Einrede nur dann eine dispositive Formel, ein praktisches Resultat, aussprechen darf, wenn Reconvention erhoben worden. Ist dies aber auch nicht der Fall, so kann der Ausspruch des Richters über die Einrede — gleichviel an welchem Orte des Urtheils er zu finden — dennoch seiner Natur nach nicht anders aufgefaßt werden, als eine Entscheidung.

Mit dieser Theorie steht das preußische Recht nicht im Widerspruch, namentlich giebt §. 38, I. 13. A. G. O., welcher sich auch schon im Corpus juris fridericianum I. 13. §. 11. vorfindet, der Ansicht keinen genügenden Anhalt, wonach die eigentliche Entscheidung des Richters nur die Abweisung oder Verurtheilung ist, welche die Urtelsformel ausspricht.

Um §. 38. richtig zu deuten, muß beachtet werden, daß

Digitized by Google

er eigentlich Zweierlei enthält: einen materiellen Rechtssatz und eine formelle Vorschrift. Ersterer besteht darin:

nur die wirkliche Entscheidung erlangt die Kraft eines Urtels, nicht die bloßen Gründe;

letztere aber darin:

die wirkliche Entscheidung soll von den bloßen Gründen bei der Fassung des Erkenntnisses äußerlich getrennt werden.

Wenn man unter wirklicher Entscheidung nicht bloß den kahlen Ausspruch über die schuldige Leistung oder Abweisung, sondern auch den Ausspruch über das Klagefundament und die Einrede versteht, befindet man sich in vollkommener Uebereinstimmung mit jener Theorie. In diesem Sinne aber muß man auch die Worte: wirkliche Entscheidung des §. 38. deuten: es folgt dies nicht allein aus dem Begriff und dem Zweck des richterlichen Urtheils, sondern auch aus bestimmten Aeußerungen der Gesetze, welche ausdrücklich sagen, daß über die Exception geurtelt werden soll, §. 63. 71. I. 10. A. G. O. und darunter ist doch wohl nichts anderes zu verstehen, als daß der Richter entscheidet, ob die Einrede zu verwerfen, oder für durchgreifend zu erachten. In §. 71. cit. ist sogar der „rechtskräftig" gewordenen Verwerfung der Exception gedacht, im §. 70. aber des Rechtsmittels gegen die Verwerfung einer solchen. §. 36. I. 13. A. G. O. ferner sagt, daß im Urtel zunächst die Präjudizialfragen abgemacht, und bei jedem Punkte die Gründe für die Entscheidung beigefügt werden sollen.

Hierbei ist aber nur an die wirkliche Einrede (exceptio) zu denken, d. h. diejenige Erklärung des Beklagten, durch die er zwar die Existenz des vom Kläger behaupteten Rechts nicht bestreitet, diesem Recht aber seinerseits ein anderes Recht entgegenstellt, welches in der Colliſion mit jenem stärkere Kraft haben soll.

Der Beklagte kann jedoch, ohne ein solches entgegenstehendes Recht zu behaupten, auch schlechthin nur die Thatsache, auf die sich der Antrag des Klägers stützt, bestreiten. Es leuch-

Digitized by Google

tet ein, daß die Prüfung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Thatsache nicht zur Entscheidung gehört, da das Urtel nicht Thatsachen, sondern Rechtsverhältnisse regeln, entscheiden soll.

Ebenso kann Beklagter zwar die Thatsachen einräumen, aber die logische Folgerung der Subsumtion derselben unter eine Rechtsregel, die Kläger aufstellt, angreifen. In diesem Falle ist also der Angriff nur gegen eine logische Deduction gerichtet, nicht auf ein Rechtsverhältniß gestützt: es wird daher der Ausspruch des Richters, ob der Angriff zu verwerfen oder gerechtfertigt ist, ebenfalls nicht zur Entscheidung gehören.

Endlich kann Beklagter den ganzen Vortrag des Klägers zugestehen, auch gegen seine Rechtsdeduction nichts einzuwenden haben, und nur behaupten, daß seit Entstehung des Rechtsverhältnisses neue Thatsachen oder Begebenheiten eingetreten, die es wieder aufgehoben. Hierher gehört besonders die Einrede der Zahlung.*) Die Zahlung konstituirt nicht ein Rechtsverhältniß, sondern hebt ein bestehendes auf. Ob eine Handlung geschehen, eine Begebenheit sich ereignet habe, ist eine Thatsachenfrage, über welche das Urtheil nicht entscheidet.

Man sieht hieraus, daß es auch im preußischen Recht von großer Wichtigkeit ist, den eigentlichen Begriff der Einrede scharf festzuhalten und nicht jede Entgegnung des Beklagten so zu nennen. Durch die Grundsätze der A. G. O. hat diese Lehre allen Halt und alle Unterscheidung verloren.

---

*) Compensation und Verjährung heben zwar auch nur ein Rechtsverhältniß auf, und stehen insofern mit der Zahlung gleich. Dennoch werden sie in der Theorie und Praxis als wirkliche Exceptionen betrachtet. Bei beiden hat dies wohl einen historischen Grund: bei der Verjährung ist die alte praescriptio longi temporis wirksam geblieben; bei der Compensation nahm man früher an, daß sie nicht ipso jure wirke, sondern selbst ein Rechtsgeschäft sei. Diese Theorie liegt doch auch noch in §. 300., trotz des §. 301. I. 16. A. L. R.

Digitized by Google

Nur über Einreden also, nicht über bloß rechtliche Deduction oder Thatsachen, die Beklagter zu seiner Abwehr vorbringt oder bestreitet, wird im Erkenntniß entscheiden.

Gegen diese Behauptung erhebt sich aber noch ein sehr wichtiges, praktisches Bedenken, und dies führt zu einer Beschränkung dieses Satzes. Wenn nämlich über die Einrede entschieden wird, so erlangt diese Entscheidung nach §. 38. cit. die Kraft eines Urtels, d. h. wird unter den gewöhnlichen Voraussetzungen rechtskräftig. Wie nun, wenn der Richter zwar die Einrede des Beklagten verwirft, aber dennoch den Kläger aus einem andern Grunde abweiset — soll denn in der späteren Instanz der Beklagte die verworfene Einrede nicht wieder geltend machen können, weil er gegen deren Verwerfung nicht appellirt, oder soll er auch appelliren, obschon der Tenor des ersten Erkenntnisses für ihn günstig gewesen? Es ist offenbar eine Widersinnigkeit, einer Partei zumuthen zu wollen, sie solle gegen ein Erkenntniß appelliren, welches im Resultat für sie günstig ist. Auch folgt aus §. 2. I. 14. A. G. O., daß eine Appellation nur gegen den praktischen Theil der Entscheidung, gegen die Abweisung oder Verurtheilung, gerichtet werden kann. Dennoch läßt sich das Bedenken beseitigen. Wie oben gesagt wurde, werden nur die objectiven Gründe, die Elemente des Urtels rechtskräftig, d. h. die Feststellung derjenigen Rechtsverhältnisse, welche die logischen Untersätze der disponirenden Formel sind. Nur diese werden entschieden. Im vorausgesetzten Falle liegt dieses Verhältniß aber nicht vor. Die Verwerfung der Einrede kann gar nicht logischer Vordersatz, Element des abweisenden Urtels sein: die Einrede könnte dies vielmehr nur dann sein, wenn sie für durchgreifend erachtet worden wäre, und den Richter zur Abweisung bestimmt hätte. Wenn daher der Richter den Kläger abweiset und zugleich auch die (nicht als Reconvention geltend gemachte) Einrede des Beklagten verwirft, so ist sein Ausspruch hierüber gar nicht als Entscheidung zu betrachten, weil sie nicht ein Element des Urtels geworden. Darum läuft aber auch

Digitized by Google

Beklagter nicht Gefahr, daß sie rechtskräftig wird, wenn er nicht appellirt hat. Sonach muß der aufgestellte Satz näher dahin präzisirt werden:

nur solche Einreden werden im Urtheil entschieden, welche Elemente desselben geworden.

Daß §. 10. I. 14. A. G. O. nicht entgegensteht, leuchtet wohl ein, da der Ausspruch über die Einrede nicht als ein Ausspruch über einen separirten Punkt im Sinne dieses §. betrachtet werden kann.

Es entsteht die fernere Frage, soll der Richter über mehrere Fundamente des Klägers, oder über mehrere Einreden des Beklagten entscheiden, wenn auch der Schlußsatz des Urtels sich schon aus der Entscheidung Eines Fundamentes, oder Einer Einrede ergiebt. Beides muß verneint werden.

Das Verfahren der Praxis, daß, wenn von mehreren Einreden schon Eine durchgreift, der Richter die Prüfung und Entscheidung der übrigen aussetzt, ist vollkommen gerechtfertigt, weil der Richter nicht über den Antrag und die Intention der Partei hinausgreifen darf. Hat der Beklagte mehrere Einreden, jedoch nur als Abwehr vorgetragen, und für sein Interesse keinen andern Antrag gestellt, als die Forderung des Klägers zurückzuweisen, so ist diesem Antrag völlig entsprochen, wenn er schon durch Prüfung einer Einrede erreicht worden. Es bleibt der Partei unbenommen, auch über die andern Einreden auf Entscheidung zu provoziren, wenn sie dieselben als Wiederklage geltend machen kann.

Eben dies gilt vom Klagefundament. Daß der Ausspruch des Richters über das Fundament zur „wirklichen Entscheidung" gehört, bezweifelt wohl Niemand. Wenn aber Kläger mehrere Fundamente behauptet hat, und aus einem ergiebt sich die Richtigkeit seiner Forderung, so sind die übrigen beseitigt. Man kann eine Summe, eine Leistung stets nur aus einem Rechtsgrunde zu fordern, man kann für ein dingliches Recht nicht verschiedene Erwerbsgründe haben. Mehrere in der Klage vorgetragene Fundamente stehen nur im Verhältniß der Eventualität, nicht der

Digitized by Google

Cumulation: es sind also alle übrigen gar nicht angebracht, wenn Eines durchgreift.

Wenn sämmtliche Fundamente des Klägers oder Einreden des Beklagten zu verwerfen sind, denn freilich müssen alle geprüft und entschieden werden.

Eines schwierigen Punktes, der mit unserer Gerichts-Verfassung zusammenhängt, ist aber hier noch besonders Erwähnung zu thun. Die Bagatell-Commissarien sind nur zur Entscheidung über Prozeß-Objecte bis 50 Thlr. competent. Es kann leicht eintreten, und geschieht häufig, daß ein Betrag unter 50 Thlr. eingeklagt, diesem Anspruch aber eine Einrede entgegengestellt wird, die ein Interesse von mehr als 50 Thlr. enthält. Wenn nun der Einzelrichter eine solche Einrede verwirft oder für durchgreifend erachtet, und deßhalb nach dem Klageantrage verurtheilt oder denselben zurückweiset, so hat er nach obiger Ausführung über die Einrede, d. h. über ein Objekt von mehr als 50 Thlr. entschieden, was nicht in seiner Competenz lag. Z. B. Cajus klagt 5 Thlr. Zinsen eines Kaufgeldrestes von 100 Thlr. ein. Sejus excipirt, der Kaufvertrag sei ungiltig, weil in N., wo das Haus liegt, Gütergemeinschaft gelte, und seine Ehefrau nicht zugezogen sei. Der Einzelrichter erklärt den Kaufvertrag aus diesem Grunde für ungiltig, und weiset den Cajus mit den geforderten Zinsen von 5 Thlr ab. Kläger rekurrirt, bringt ein Beweismittel darüber vor, daß Sejus mit seiner Frau die Gütergemeinschaft ausgeschlossen habe, der zweite Richter aber erklärt das Anbringen neuer Thatsachen und Beweismittel für unstatthaft und verwirft den Rekurs. Jetzt ist die Kaufgeldforderung von 100 Thlr. selbst fällig und Cajus klagt diese ein; Sejus aber excipirt, es sei bereits rechtskräftig entschieden, daß der Kaufvertrag ungiltig sei. Kann hier diese Exception für begründet erachtet werden? Nach §. 7. l. 16. A. G. O. würde Cajus nicht repliziren können, daß das Urtel der Bagatell-Commission wegen Inkompetenz des Richters nichtig sei, denn das Urtel hat er, nach Erschöpfung des Instanzenzuges, gegen sich müssen rechtskräftig werden lassen, und

Digitized by Google

es war unerläßlich, daß der Einzelrichter, um über die 5 Thlr. erkennen zu können, auch die Frage nach der Giltigkeit des Contracts seiner Entscheidung unterwarf. Man kann zugeben, daß die Richtigkeit eines materiellen Rechtssatzes nicht abhängig sei von der zufälligen Einrichtung des Gerichtswesens, immerhin entsteht aber hierdurch eine nicht geringe Schwierigkeit. Die Praxis wird nicht zweifeln, den Einwand der res judicata im vorliegenden Fall zu verwerfen, weil der Einzelrichter zur Entscheidung über die in der Einrede enthaltene Rechtsfrage nicht competent, und letztere selbst von der Partei nicht zur Entscheidung gestellt war; denn es lag in der Macht des Beklagten, die Frage nach der Giltigkeit des Vertrages reconveniendo zur Entscheidung zu stellen, und dann würde darüber durch das competente Collegium geurtheilt worden sein. In der That ist dies auch, wenn man die oben entwickelte Ansicht festhält, gerechtfertigt, denn der Einzelrichter hat die Ungiltigkeit des Kaufvertrages nicht absolut entschieden, sondern nur in Beziehung auf die 5 Thlr. Zinsen, und so wenig ein Aberkennen der Zinsen den Verlust der Capitalsforderung nach sich zieht, sowenig kann die in Bezug auf die Zinsen ausgesprochene Ungiltigkeit des Vertrags auch die Ungiltigkeit des Vertrags in Bezug auf die Kapitalsforderung ohne Weiteres zur Folge haben. In dem Zinsen- und Capitals-Prozeß wird die Einrede gegen ganz verschiedenartige Forderungen zur Vertheidigung gebraucht, und sie muß jener gegenüber selbstständig entschieden werden.

Das Resultat unserer Erörterung ist also folgendes:

Die wirkliche Entscheidung erstreckt sich nicht bloß auf die Verurtheilung des Beklagten oder die Abweisung des Klägers, sondern sie umfaßt auch den Ausspruch über das Fundament der Klage und diejenige Einrede, welche ein Element des Urtheils geworden. Dieser Inhalt der Entscheidung erlangt „die Kraft eines Urtels," d. h. wird rechtskräftig. Verschieden davon sind die bloßen Gründe, die Deduction, durch welche der Richter zu seinem Resultate gelangt ist. Diese Bedeutung von

Digitized by Google

Entscheidung und Gründen ist auch im §. 38. I. 13. A. G. O. anzunehmen.

Wie Savigny letzteres mit seiner bekannten Meisterschaft in der combinirenden Auslegung aus einer Verbindung von §. 62 — 81 b. I. 10; §. 36. und 38. I. 13. A. G. O. folgert, vergl. a. a. O. S. 396. ff.

Wenn man dieser Darlegung beitritt und nunmehr sich zu der formalen Vorschrift des §. 38. cit. zurückwendet, welche eine Trennung der wirklichen Entscheidung von den bloßen Gründen verlangt, und man darunter, wie dies allgemein angenommen ist, eine sichtbare Absonderung des s. g. Tenors versteht, so ist die Consequenz nicht abzuweisen, daß in dem Tenor der ganze Inhalt des wirklich Entschiedenen enthalten sein muß, mithin auch der Ausspruch über das Fundament und die Einrede.

Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Consequenz in Bezug auf die Einrede vom praktischen Standpunkt aus nicht allein unerheblich, sondern auch sehr bedenklich erscheint. Unerheblich, denn es läßt sich kein Zweck einsehen, warum im Tenor noch besonders ausgesprochen werden soll, daß die Einrede, z. B. des Vergleichs, der gewerblichen Natur einer Abgabe, der Ungiltigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen mangelnder Form u. s. w., dem jetzt erhobenen Anspruch gegenüber zu verwerfen oder für durchgreifend zu erachten sei. In beiden Fällen ist sie durch den Gebrauch dem eingeklagten Anspruch gegenüber absorbirt, und die verworfene Exception kann in der Exekutions-Instanz ohnehin nicht mehr geltend gemacht werden. Bedenklich aber auch, denn die Kraftlosigkeit einer Einrede der Klage gegenüber thut noch nicht ihre Unrichtigkeit andern Ansprüchen gegenüber dar. Unzulässig endlich auch, weil der Excipient nicht beantragt hat, über seine Einrede einen Tenor auszusprechen, und der Richter, wenn er dies thut, seine Befugnisse überschreitet, die sich nur nach den Partei-Anträgen begränzen. Darum hat sich auch die Praxis niemals zu jener Consequenz bekannt, mit Ausnahme, wo es sich um Entscheidung eines Präjudizialeinwandes handelt, und

Digitized by Google

besser wäre es gewesen, wenn die formale Vorschrift des §. 38., welche ihre Veranlassung gewiß nur in der großen Sorge gehabt hat, mit der man die Controversen zu beseitigen strebte, ganz weggeblieben wäre. Das sicherste Mittel, Controversen zu erledigen, ist gewiß, sie der freien, wissenschaftlichen Erörterung anheim zu geben: eine casuistische Gesetzgebung schafft stets neue Zweifel. Allein die Worte des §. 38., welche eine Absonderung der wirklichen Entscheidung von den bloßen Gründen vorschreiben, zwingen uns auch keineswegs zu der Annahme, daß diese Unterscheidung lediglich in der äußeren Absonderung des Tenors und der Gründe durch die Formel „Von Rechts wegen" bestehe. Auch in den Gründen selbst kann eine solche Trennung der bloßen Ausführung des Richters und des wirklich Entschiedenen durch eine geschickte Redaktion hinlänglich klar gemacht werden, wodurch denn auch der Vorschrift des §. 38. Genüge geschieht.

Anders steht es hierin mit dem Klagefundament. Es ist durchaus nicht zu billigen, wenn dasselbe im Tenor unerwähnt bleibt, wenn nur ausgesprochen wird, daß Cajus schuldig, 100 Thlr. zu zahlen, und man erst die Natur dieser Schuld in den Gründen suchen muß. Es ist (wie Koch in der juristi. Wochenschrift v. 1837. Nr. 3. 4. mittheilt) vorgekommen, daß in einem spätern Prozesse die exceptio rei judicatae nur darum verworfen wurde, weil nicht im Tenor, sondern in den Gründen des älteren Urtels gesagt worden war, daß die Summe eine Darlehnschuld sei. Sehr zu wünschen wäre freilich — was nur sehr selten genügend geschieht — daß weit größere Sorgfalt auf das Formuliren dieser Anträge von den Parteien verwendet und daß namentlich in den Antrag auch der Rechtsgrund aufgenommen würde. Ist dies nicht geschehen, so muß ihn der erkennende Richter im Tenor ergänzen.

Schließlich sei noch eine kurze Besprechung unserer Litteratur und der bekannt gewordenen Entscheidungen dieser Frage erlaubt. Wir werden dabei sehen, daß die oben entwickelte Theorie

Digitized by Google

nicht ohne Anerkennung geblieben und daß dieser nur die bestimmte Klarheit und Durchführung gefehlt hat.

Wenn das Rescript v. 18. Nov. 1823. (v. Kamptz, Jahrb. 22. S. 173.) anräth, den Tenor ohne umständliche Aufnahme des Klageantrags zu redigiren, da die Gründe die nöthige Belehrung geben, so kann zwar eine solche Kürze unmöglich gutgeheißen werden, aber es wird doch der innige, logische Zusammenhang des Tenors und der Gründe dadurch anerkannt. — Der Plenarbeschluß des Tribunals vom 23. Jan. 1843. (Entsch. 9. S. 128. bes. 132.) verweiset ebenfalls den Ausspruch über Klagefundament und Einrede aus dem Urtheil, worunter wohl der Tenor verstanden werden muß. Wenn dabei den Gründen die Bedeutung beigelegt wird, daß auch in ihnen eine Entscheidung über Klagefundament und Einrede enthalten ist, so kann dem Grundsatz wenigstens in Beziehung auf letztere nicht entgegengetreten werden, da die Einrede, wie oben gezeigt wurde, im Tenor nicht zu erwähnen ist. Wird aber nur das als Entscheidung betrachtet, was im Tenor steht, und werden beide Begriffe als synonym angenommen, so ist der Grundsatz unseres Erachtens nicht zu halten. Der Plenarbeschluß vom 19. Sept. 1845. (nicht 1842., wie das Präjudizienbuch angiebt, vergl. Präjudiz Nr. 1609. S. 235; Entsch. 11. S. 118.) sagt. „wenn über eine exceptio litis sietae oder ingressum impediens mit der Hauptsache zugleich verhandelt, hernächst aber nur über die Hauptsache und nicht besonders über die Exception erkannt worden, so kann, wenn über die Präjudizialeinrede die Urtelsgründe auch abweisend sind, auf diese Einrede dennoch in letzter Instanz rekurrirt und nicht opponirt werden, daß gegen die Verwerfung der Einrede kein Rechtsmittel erhoben und dieselbe daher als rechtskräftig zurückgewiesen zu erachten sei.“ Schon oben wurde eines solchen Falles gedacht, und ausgeführt, daß, wenn Beklagter trotz der Abweisung seiner Einrede ein günstiges Urtheil erstreitet, jene Abweisung nicht als Element des Urtels, mithin auch nicht als Entscheidung zu betrachten. Insofern ist der Plenarbeschluß

Digitized by Google

auch nach obiger Theorie richtig. Aber die Motive desselben stellen „Entscheidung“ und „Tenor“ als synonyme Begriffe dar, während doch jene einen, die Sache selbst ergreifenden materiellen Sinn, dieser nur eine ganz äußere formale, ja lokale Bedeutung hat. Daß nur der Tenor rechtskräftig werden kann, steht nicht in §. 38., sondern, daß die wirkliche Entscheidung es wird, und nicht nach jenem ist diese einzurichten, sondern umgekehrt bestimmt diese jenen.

Entschiedener geht die Uebereinstimmung der Ansichten des Obertribunals mit der neueren Theorie hervor aus einem ungedruckten, von Savigny (S. 405. h. 7.) mitgetheilten Erkenntniß, in welchem angenommen worden, daß durch die Verwerfung der Einrede, wenn sie auch bloß in den Urtelsgründen erfolgt, dieselbe dennoch erlösche, und zu einer neuen Klage nicht mehr geeignet sei. Das Präjudiz Nr. 2080., vom 16. Oktbr. 1848. (S. 239.), welches Savigny noch nicht kannte, gestattet ein Zurückgehen auf die Gründe des Judicats, um die wahre Bedeutung der getroffenen Entscheidung zu bestimmen, legt aber dennoch die Rechtskraft nur der im Tenor des Urtels enthaltenen, nöthigenfalls aus den Gründen zu erläuternden Entscheidung, als dem letzten praktischen Resultat des Urtels, bei. Wenn freilich dabei angenommen wird, daß im Tenor der ganze Inhalt des wirklich Entschiedenen auszudrücken, so läßt sich gegen diesen Satz nach unsrer Ansicht nichts einwenden; wenn aber gemeint ist, daß in den Tenor nur das letzte praktische Resultat, d. h. also nur die Abweisung oder Verurtheilung gehört, so dürfte das Zurückgehen auf die Gründe „zur Erläuterung“ wenig nutzen, um die Frage zu erledigen, ob eine Einrede anerkannt oder verworfen worden. Ueberhaupt ist ein solches Zurückgehen auf die Gründe nicht recht klar. — Die in den letzten Bänden der Entscheidungen und in Striethorst's Archiv abgedruckten Rechtssprüche bringen nichts erhebliches über diese Frage: sie wird stets nur vorübergehend und als unbezweifelt berührt, nie erörtert.

Koch sagt in seinem Aufsatz über die Rechtskraft (juristische

Digitized by Google

Wochenschrift 1837, Nr. 3 4, S. 51): „es können diejenigen Gründe, aus welchen die Entscheidung Deutlichkeit erhält (d. h. also: die bloßen Gründe des §. 38) wenigstens bei der klaren Bestimmung des §. 38, daß die Gründe niemals die Kraft eines Urtels haben sollen, nach preußischem Recht nicht rechtskräftig werden. Aber es gibt Fälle, wo eine Rechtsfrage, welche nicht in der Entscheidung (es hätte heißen sollen: Tenor) sondern nur in den Gründen ausgedrückt ist, doch für rechtskräftig entschieden wird angenommen werden müssen, nämlich alsdann, wenn in der Entscheidung (d. h. im Tenor) jene nicht wörtlich ausgedrückte, aber aus den Gründen zu ersehende Rechtsfrage virtualiter mit entschieden ist." Die in Klammern beigesetzten Bemerkungen zeigen, wie mit der oben entwickelten Theorie diese Aeußerung in Uebereinstimmung zu setzen ist. In der zweiten Auflage seines Lehrbuchs, Bd. 1 S. 738 ff., hält er diese Ansicht im Gegensatz zu Savigny's Ausführung fest. Dieser Gegensatz ist aber von ihm nicht recht klar hingestellt, denn auch er sagt, daß die causa (Rechtssache) und die Entscheidung den Richterspruch ausmachen, und daß die „bloßen" Entscheidungsgründe von der in den Gründen vorgetragenen Rechtsfrage (causa), worüber der Tenor entscheidet, ganz verschieden sind. Wenn er gegen Savigny beifügt: „Für das preußische Recht sind die Ergebnisse der neuesten Forschungen im R. R. nicht maßgebend, das Preuß. Recht geht von dem Stande der Rechtslehre aus, wie sie zur Zeit der Abfassung des Corp. jur. Frid. aufgefaßt wurde;" so kann dieser Behauptung doch nur eine relative Richtigkeit beigelegt werden. Allerdings ist der Stand der gemeinrechtlichen Doktrin zur Zeit der Redaktion unserer Gesetzbücher für deren Interpretation von großer Wichtigkeit, jedoch nicht in dem Grade, daß unsere heutige Doktrin dadurch gänzlich verhindert sei, den Sinn unserer Gesetze mit der verbesserten und fortgeschrittenen gegenwärtigen gemeinrechtlichen Doktrin durch freie Interpretation in Einklang zu bringen, und dadurch den so lange vermißten Zusammenhang mit der übrigen Rechtsentwickelung in Deutschland wieder

Digitized by Google

zu gewinnen. Nicht was die damaligen Redaktoren haben sagen *wollen*, sondern was sie gesagt *haben*, ist Gegenstand unserer heutigen Erörterung. —

Da nun die Praxis so steht, daß in dem Tenor nur die Verurtheilung oder Abweisung ausgesprochen, das Klagefundament darin aber nicht immer, die Entscheidung über die Einrede niemals erwähnt wird, so wird man sehr häufig in die Lage kommen, auch in den Gründen nachsuchen zu müssen, ob in ihnen über das Klagefundament oder die Einrede „virtualiter" entschieden worden. Diese Nachforschung kann oft sehr schwierig und zweifelhaft sein und Verf. würde den Zweck dieses Aufsatzes nicht für verfehlt ansehen, wenn er auf diese Frage überhaupt aufmerksam gemacht und ihre Prüfung, um eine bestimmtere Theorie zu gewinnen, angeregt hätte.

Digitized by Google

LIII.

Die Spolienklage als Schutzmittel persönlicher Rechte.

Rechtsfall nebst Kritik,

mitgetheilt vom Herrn Justizrath **Reinhard** in Ehrenbreitstein.

In Sachen der älteren evangelischen Gemeinde zu Neuwied, Klägerin,

gegen

die Stadt Neuwied, Verklagte, wegen Besitzstörung

hat die I. Deputation des Königl. Kreisgerichts zu Neuwied in ihrer öffentlichen Sitzung vom 17. Dezember 1850 unter Theilnahme der Richter: des Kreisrichters Schadt als Vorsitzender, des Kreisrichters von Kleinsorgen und des Kreisrichters Brüning auf die stattgehabten Verhandlungen und nach gepflogener Berathung

für Recht erkannt:

daß die Klägerin im Besitz des Rechts zum Bezuge eines jährlichen Zuschusses von 38 Thlrn. 6 Sgr. 8 Pf. für den Pfarrer und von 22 Thlr. 4 Sgr. 7 Pf. für den Schullehrer zu schützen, und der Verklagten demzufolge jede fernere Störung hierin bei Vermeidung einer jedesmaligen Strafe von 25 Thlr. vorbehaltlich des petitorii zu untersagen, unter Verurtheilung derselben in die Kosten.

V. R. W.

Digitized by Google

Gründe.

Die hiesige ältere evangelische Gemeinde hat, wie nicht bestritten ist, seit längerer Zeit aus der hiesigen Stadtkasse einen jährlichen Zuschuß von 38 Thlr. 6 Sgr. 8 Pf. für den Pfarrer und 22 Thlr. 4 Sgr. 7 Pf. für den Schullehrer bezogen.

Die Stadt hat aber jetzt die fernere Zahlung dieses Zuschusses geweigert und hat deshalb das Presbyterium, indem dasselbe bemerkt:

das fragliche Recht sei ein durch den Ablauf selbst der längsten Verjährungszeit geheiligtes, und die Stadt habe durch ihre Weigerung ein offenbares Spolium und eine Störung im Besitze des Genusses verübt, —

Klage gegen die Stadt mit dem Antrage erhoben:

daß die Klägerin im Besitze der ihr spoliative entzogenen oben angegebenen jährlichen Zuschüsse zu schützen und in Folge dessen die Verklagte zu verurtheilen, dieselben für das gegenwärtige und die künftigen Jahre, allenfalls unter Vorbehalt des petitorii, zu bezahlen.

Die Verklagte hat auf die Klage entgegnet:

Es handle sich hier um ein Rechtsverhältniß, welches nur dem Obligationen-Rechte angehören könne. Es könne demnach auch von einem Besitze und einer Besitzstörungsklage hier gar nicht die Rede sein, da sich der Besitz nur auf körperliche Dinge beziehe und nur noch bei den Servituten eine quasi-possesio anerkannt werde, weßhalb es auch nicht gerechtfertigt sei, von einem durch den Ablauf selbst der längsten Verjährungszeit geheiligten Rechte zu sprechen, da die Verjährung den Besitz zur unerläßlichen Voraussetzung habe.

Dieses gelte auch von der s. g. Immemorial-Präscription. Es könne aber auf die angebliche Verjährung hier schon um deßwillen nicht ankommen, weil nur possessorisch geklagt und der Antrag nur auf Schutz im Besitze gerichtet sei, und sei es demnach auch gleichgültig, daß aus der Stadtkasse wirklich solche

Digitized by Google

Zuschüsse, wie Klägerin verlange, seit sehr langer Zeit geleistet worden seien.

Aber auch eine Spolienklage des canonischen Rechts sei hier nicht begründet. Eine solche sei nichts weiter, als das interdictum de vi des römischen Rechts und dieses setze juristischen Besitz eines Grundstückes voraus.

Willkührliche Ausdehnungen, welche sich einzelne Praktiker bei jenem Rechtsmittel des canonischen Rechts gestattet hätten, seien nicht gerechtfertigt. Es sei auch eine zuverlässige und allgemeine Praxis hinsichtlich solcher Ausdehnungen durchaus unerweislich, abgesehen davon, ob die Praxis hier überhaupt Rechtsquelle sein könne.

Den Ansichten einzelner Praktiker und Gerichte, wonach die Spolienklage auch in Fällen der vorliegenden Art anwendbar sein solle, stehe keine gesetzliche Autorität zur Seite. Es solle hier weniger noch Gewicht darauf gelegt werden, daß das Spolium eine Gewaltthätigkeit voraussetze, *) als darauf, daß es sich um die Entsetzung aus dem Besitz einer körperlichen Sache, allermindestens aber aus einer quasi-possessio handeln müsse, was im vorliegenden Falle nicht zutreffe.

Eine körperliche Sache sei unerläßliche Voraussetzung der Spolienklage.

Die Stelle des canonischen Rechts B. 9. X. de restit. spoliat. handle nicht von einem spolium an einer pensio, sondern von einem spolium an einer Kirche, einer körperlichen Sache.

Die Verklagte trägt hiernach auf Klage-Abweisung an.

Diese Einwendungen der Verklagten können indessen nicht für begründet erachtet werden.

Das römische Recht kennt zwar allerdings eigentlichen Besitz nur an körperlichen Sachen, und eine quasi-possessio hin-

*) S. dagegen v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts II, 1. S. 62, auch Thibaut Pand. §. 230 edit. 8. — Rhd.

Digitized by Google

sichtlich dinglicher Rechte an Sachen, und auch die Spolienklage des canonischen Rechts ist, wie das römische interdictum de vi, ein remedium recuperandae possessionis.

Allein das canonische Recht geht in seiner Lehre vom Besitze viel weiter, als das römische Recht.

In C. 17. X. de restit. spol. ist vom Besitz der Kirchenjurisdiction und in C. 3. X. de causa poss. et prop vom Besitz eines Wahlrechts bei Besetzung einer geistlichen Stelle die Rede, und in C. 13. und 14. X. de restit. spol. wird des Besitzes eines Eheverhältnisses Erwähnung gethan. Aus diesen Stellen und überhaupt aus dem Sinn des ganzen Titels de rest. spol. geht hervor, daß das canonische Recht die römische quasi-possessio auch auf persönliche Rechte ausgedehnt und auch die faktische Ausübung eines persönlichen Rechts als solche mit dem Ausdruck „Besitz" bezeichnet hat, und auch zum Schutz eines solchen Besitzes persönlicher Rechte ist das remedium spolii im canonischen Rechte gegeben.

Auch findet dieses remedium spolii oder die Spolienklage unzweifelhaft nicht blos, wie bei dem römischen interdictum de vi, auf gewaltsame, sondern überhaupt auf jede widerrechtliche Besitzentsetzung Anwendung.

Cap. 7. und 8. X. de rest. spol. (II. 13.)

Es ist im Allgemeinen Grundsatz des canonischen Rechts, daß jede Eigenmacht, sie bestehe worin sie wolle, verbannt sein soll.

Auch die deutschen Reichsgesetze erkennen die Ausdehnung des Quasibesitzes auf persönliche Rechte ausdrücklich an im Reichsabschiede von 1548. §. 56. 59. und 63. und im Reichsabschiede von 1576. §. 102, 104. und 105.

Hiernach kann es keinem Bedenken unterliegen, daß im vorliegenden Falle, wo, wie nicht bestritten ist, die ältere evangelische Gemeinde seit langer Zeit den fraglichen Zuschuß jährlich aus der Stadtkasse bezogen hat, die angestellte Klage auf Schutz

Digitized by Google

im Besitze dieses Rechts für begründet zu erachten ist, und mußte deßhalb wie geschehen erkannt werden.

Urkundlich unter Siegel und Unterschrift.

gez. **Schadt.**

Kritik.

Das Königl. Kreisgericht zu Neuwied hat in seinem Urtheile vom 17. Dezember 1850. in Sachen der ältern evangelischen Gemeinde gegen die Stadt Neuwied zunächst den Satz zu erweisen gesucht, daß das canonische Recht „in seiner Lehre vom Besitze viel weiter gehe, als das römische Recht."

Es behauptet jenes Urtheil sodann ferner, daß die römische quasi-possessio von dem canonischen und ausdrücklich auch von dem deutschen Recht auf persönliche Rechte ausgedehnt, daß auch die faktische Ausübung eines derartigen Rechts als „Besitz" bezeichnet, und zum Schutze eines solchen Besitzes das remedium spolii im canonischen Recht ebenfalls gegeben worden sei.

Zuvörderst ist nun aber hierbei zu bemerken, daß aus dem Ausdruck possessio für sich allein noch kein sicherer Schluß zu machen ist. Auch die Römer selbst gebrauchen diesen Ausdruck in Fällen, für welche er strenge genommen nicht paßt, in Fällen nämlich, in welchen sie selbst keine eigentliche possessio anerkennen:

Vergl. Sintenis Civilrecht B. I. S. 477.

Sodann ist in C. 17. X. de restitut. spoliat. nicht blos von dem „Besitze einer Kirchen-Jurisdiction," sondern von der „possessio juris parochialis" überhaupt die Rede.

Das C. 3. X. de causa poss. et prop. spricht nur von der quasi-possessio des Rechts, bei der Besetzung der ecclesia Sutrina zu concurriren und in C. 13. und 14. X. de restitut. spol. ist nicht von dem Besitze eines „Eheverhältnisses," sondern von der Restitution einer Ehefrau die Rede, was an

Digitized by Google

das bekannte Interdictum de liberis exhibendis erinnert.*) Aus diesen Stellen kann aber vollends ebensowenig als „aus dem Sinne des ganzen Titels de restitutione spol." eine Ausdehnung des juristischen Besitzes, oder auch nur des Quasi-Besitzes der Römer sogar auf persönliche Rechte gefolgert werden.

Die Kirchen-Jurisdiction resp. das jus parochiale erstreckt sich über etwas sehr Körperliches, über den betreffenden Sprengel. Das Wahlrecht, von welchen die zweite Stelle handelt, ist im Wesentlichen das Recht, über den betreffenden Sprengel (resp. die Kirchen-Pfründe) zu disponiren und ist ebenfalls so wenig ein persönliches Recht, als wenn hie und da dem Gutsherrn das Recht zusteht, unter mehreren Kindern des Colonen den Successor nach Belieben auszuwählen.

Hinsichtlich der possessio resp. restitutio einer Ehefrau (quae spolium sui fecit: Voet Commentar ad Pand. 43. 16. §. 7.) bedarf es vollends keines Beweises, daß hier nicht von einem jus personale im technischen Sinne die Rede sein könne, sondern nur etwa in der Art, wie z. B. c. 14. de rest. von einem obligatorium vinculum der Ehe spricht.

Die Ausführung des Königlichen Kreis-Gerichts ist hiernach, so sehr sie auch nach Gründlichkeit strebt, den Beweis völlig schuldig geblieben, daß das canonische Recht den Begriff des juristischen Besitzes auch bei persönlichen oder Forderungsrechten anerkannt habe.

Aber auch die Stellen der deutschen Reichs-Gesetze, welche das Urtheil vorführt,

R. A. von 1548. §. 56., 59. und 63.

R. A. von 1576. §. 102., 104. und 105.

handeln durchaus nicht von einer possessio privatlicher Forderungsrechte, sondern reden bei dem publicistischen Verhältnisse der

*) L. 1. §. 5. L. 2. D. 43., 30. Rechtslexikon von Weiske Bd. 5. S. 557. 558.

Digitized by Google

Steuer-Erhebung von einer Quasi-possessio, einerseits des Rechts zur Einziehung und andererseits der Immunität.

Wäre aber auch die Ausdehnung des Begriffs der Quasi-possessio auf obligationsmäßige Rechtsverhältnisse erweislich, so wäre damit die Anwendbarkeit der actio spolii auch bei ihnen noch keineswegs dargethan. Es wäre jenes eine Quasi-quasi-possessio, aus deren Statuirung die Ausdehnung der Spolienklage noch ebensowenig folgen würde, als mit der Anerkennung der quasi-possessio die Ausdehnung des Interdicts unde vi als Consequenz gegeben war:

Lauterbach Colleg. Pand. 43., 16., 15.

Freilich könnte aber von jener Prämisse aus die Anwendbarkeit mit mehr Grund vertheidigt werden, während jetzt nur völlig grundlose Behauptungen für dieselbe vorhanden sind, und als eine solche muß selbst die eines Voet a. a. O. sowie des Lauterbach (43., 16., 22.) bezeichnet werden.

Zwar haben sich namentlich die beiden Vorgenannten auf caus. III. quaest. I. c. 3. u. 4.

berufen. Wenn aber hier gesagt wird:

„Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis Episcopis“

so zeigt (auch abgesehen von dem Zusatz et in eo loco, unde abscesserunt, funditus revocanda, dessen Lesart unsicher ist, und abgesehen von den hier erwähnten „Episcopis“) das Nachfolgende:

„quacunque conditione . . . aut per quascunque injustas causas . . . res Ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur“

wohl deutlich genug, daß hier von keinen Obligationenrechten die Rede sei.

Wenn nun aber sogar ein

J. H. Böhmer im Jus ecclesiasticum wegen c. 9. X. de restit. spoliat.

denen die Spolienklage geben will,

Digitized by Google

„Quibus denegantur pensiones, in quarum perceptione hactenus fuerunt,“

so erinnert dieses an das bekannte:

„bonus dormitat Homerus.“

Denn in jener Stelle ist zwar allerdings von einer pensio die Rede, aber doch nur dahin, daß ein Kapitel resp. dessen „Canonici,“ welchen vom Erzbischofe eine Kirche zugestanden war, und welche bereits bei Lebzeiten eines noch vorhandenen Beneficiaten von diesem mit Zustimmung des Erzbischofes eine jährliche „pensio“ bezogen, kein Spolium an dieser Kirche begangen hätten, wenn sie dieselbe nach dem Tode des Beneficiaten ohne Zustimmung des Erzbischofs in Besitz genommen.

Es handelt sich also hier nicht von einem Spolium an einer pensio, sondern von einem Spolium an einer Kirche, einer körperlichen Sache.

Selbst nach dem Preußischen Recht, welches doch bekanntlich den Bereich des Besitzes viel weiter ausgedehnt hat, ist es mindestens sehr bestritten, ob eine Spolienklage auf obligatorische Verhältnisse anwendbar sei, wie die

Ergänzungen von Gräff, Koch ꝛc. zu dem Titel der Ger.-Ordnung vom possessorium sumariissimum und von Spolienſachen*)

nachweisen.

Mit dem Vorstehenden stimmen nun auch im Resultate die Erörterungen neuerer gelehrter Rechtsforscher vollkommen überein. So sagt namentlich Sintenis Civilrecht B. 1. S. 456. nachdem er die Anerkennung des Besitzes und der Schutzmittel desselben bei solchen Rechten, welche

„als eigentliche Attribute des Eigenthums von Grund und Boden oder wenigstens als eine Beziehung auf ein Ana-

*) Die neueste Ausgabe verweist auf die Ergänzungen zum A. L. R. I. 7. §. 146 — 154.

Digitized by Google

logon davon — wie z. B. die Gerichtsbarkeit — erscheinen,"

als eine „consequente Fortbildung des römischen Rechts" durch das canonische und deutsche Recht bezeichnet hat, wörtlich in der Note 19:

„Daß man nicht weiter gehen dürfe und daß die weiteren Ausdehnungen der älteren Praxis namentlich auf Familienrechte und gar auf Obligationenrechte irrig und principienlos geschehen seien, darüber sind die Romanisten einig. S. Savigny §. 49. ff. Mühlenbruch §. 232. a. E.

Neuerlich sind hierauf von Germanisten heftige Angriffe gemacht; — — Ich kann hierin aber immer nur ein Bemühen entdecken, irrigen Rechtsansichten einen sichern Boden unterzulegen, indem der Beweis einer mit Bewußtsein vor sich gegangenen Verbindung unmöglich bleiben wird."

Digitized by Google

LIV.

Wenn im Minden-Ravensberg'schen während der Geltung des IIIten Gesetzes vom 21. April 1825 §. 37 und der Declaration vom 24. November 1833 ein Brautschatz von einer früher eigenbehörigen Stätte mit der Bestimmung, daß er zur Zeit der Großjährigkeit oder früheren Verheirathung zu entrichten, regulirt worden, und der Berechtigte vor Eintritt dieser Perioden verstirbt, so vererbt er nicht sein Recht auf den zur Zeit seiner Großjährigkeit zu entrichtenden Brautschatz auf seine Erben.

Rechtsfall,
mitgetheilt von
Sommer.

Die vorliegende Frage ist uns in Gestalt einer Gutachtens-Einholung zur Erwägung überkommen. In beiden Instanzen, Kreisgericht Halle und Appellations-Gericht Paderborn, war sie nämlich bejaht worden.

Die Eheleute Thase № 25 zu Schröttinghausen besaßen dieses Colonat, früher eigenbehörig, unter den Ravensberger

Digitized by Google

bäuerlichen Rechtsverhältnissen. Sie hatten mehrere Kinder. Der Ehemann starb ohne Testament. Die Wittwe Clara Ilsabein Thase setzte die bekannte Ravensberger Güter-Gemeinschaft fort, und errichtete am 26. Mai 1842 mit ihrem einzigen 28 Jahre alten Sohne Johann Friedrich Conrad Thase einen gerichtlichen Vertrag. Sie übertrug ihm dadurch das Colonat und ihr übriges gesammtes Vermögen zum Eigenthum von heute ab. Er verpflichtete sich dadurch zur Ernährung seiner Mutter, resp. Leibzuchts-Prästationen und Abfindungen an die übrigen Kinder, insbesondere an die 14 Jahre alte Maria Ilsabein Thase, 250 Thlr. zahlbar zur Zeit der Großjährigkeit, resp. bei früherer Verheirathung abschläglich mit 50 Thlr. Maria Ilsabein Thase starb unverehelicht und minderjährig am 15. Septbr. 1846; ihre Mutter starb am 31. März 1852 mit Hinterlassung eines am 27. März 1847 errichteten Testamentes, in welchem ihre beiden Töchter Ehefrau Pollert und Ehefrau Holle, so wie der uneheliche Sohn ihrer Tochter Clara Maria, Namens Friedrich Wilhelm Thase, zu ihren Erben ernannt worden. Namentlich ist im Testament zu diesem zu erbenden Vermögen, als auf die Mutter vererbt und künftig fällig werdend, die Abfindung der verstorbenen Maria Ilsabein Thase angeführt.

Diese Erben haben nun diese Abfindung mit Zinsen vom 6. Januar 1852, wo die Mar. Ils. Thase 24 Jahre alt geworden sein würde, gefordert und es ist ihnen solche in beiden Instanzen zuerkannt. Es sind dadurch nach unserer Ansicht allerdings Rechtsgrundsätze verletzt. Es hat nämlich die Mar. Ils. Thase den Brautschatz nicht auf ihre Intestaterben vererbt, da er nach dem Ravensberger Herkommen der Stätte heimfällt. Siehe die belegte Ausführung bei Wigand Provinzialrecht des Fürstenthums Minden ꝛc. ꝛc. Bd. 1 S. 260 ff. §. 91 — 93: „Wenn ein Kind, ohne einen eigenen Haushalt gegründet, und des Brautschatzes zu seiner Ausstattung bedurft, oder denselben gefordert zu haben, stirbt, so wird derselbe nicht auf seine Geschwister oder nächsten Verwandten vererbt, sondern bleibt ein Bestandtheil des

Digitized by Google

Colonats.“ Durch die französische Gesetzgebung in ihrer Feststellung und Declaration durch den §. 23 des III ten Gesetzes v. 21. April 1825 ist nun das Heimfallsrecht aufrecht erhalten, und insbesondere soll, so lange ein solches unabgelöset besteht, das demselben unterworfene Grundstück nach denjenigen Grundsätzen vererbt werden, welche daselbst vor Einführung der fremden Gesetze bestanden. Und zwar ist nach der Cabinets-Ordre vom 24. Novbr. 1833 (Ges.-S. 1833 S. 292) nicht beabsichtigt, die Anwendung der früheren Vererbungs-Grundsätze auf das Verhältniß des Grundbesitzers zu dem Heimfallsberechtigten zu beschränken, vielmehr verordnet, daß diese Grundsätze auch bei der Auseinandersetzung der Erben unter einander beobachtet werden sollen. Da nun die Mar. Ilf. Thase, im 16ten Jahre sterbend, noch kein Recht, den Brautschatz zu fordern, erworben hatte, so konnte er auch nur bei der Stätte bleiben. Es spricht dafür auch der Umstand, daß das Ober-Tribunal in der, Entsch. Bd. 21 S. 170 ff. erwähnten Sache allgemein als Folge des durch die Declaration vom 24. Novbr. 1833 hergestellten älteren Brautschatz — Vererbungsrechts ausgesprochen hat, daß die vor Einführung der fremden Gesetze in Minden-Ravensberg bestandene Gewohnheit, nach welchen der von einer eigenbehörigen Stätte ausgelobte Brautschatz bei der Stätte verblieb, wenn der Abfindling unverheirathet und vor Errichtung einer eigenen Wirthschaft verstarb, bei der n a c h Publication des Gesetzes vom 21. April 1825 errichteten Verschreibung eines Brautschatzes von heimfallpflichtigen Colonaten, als rechtliche Vermuthung noch dahin fortgelte, daß in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung anzunehmen: das Recht der Abzufindenden habe durch seine Heirath oder Errichtung einer eigenen Wirthschaft b e d i n g t werden sollen. — Ist das Brautschatzrecht sonach bedingt, so kann es nach dem Tode des Abfindlings, wo er weder heirathen, noch Wirthschaft anfangen kann, nicht mehr praktisch werden.

Der Appellationsrichter hat diese Ansichten nicht ganz ver-

Digitized by Google

kannt,' ist aber durch ungehörige Reflexionen vom rechten Ziele abgelenkt worden. Er beruft sich darauf, daß schon vor dem Tode der Witwe Clara Ilsabein Thase durch die Gesetze vom 18. Dezbr. 1848 und 2. März 1850 sowohl das Heimfallsrecht, als auch der §. 2, 3 des Gesetzes vom 21. April 1825 aufgehoben worden. Das ist nun freilich ganz richtig, aber was soll uns das hier? Es kann sich ja blos fragen, ob die am 15. September 1846 verstorbene Mar. Ils. Thase den bei ihrer Großjährigkeit ihr dereinst zustehenden Brautschatz auf ihre Mutter ab intestato vererbt habe, oder ob dieser dem Gute, dem Colon heimgefallen sei. Nach der damals bestehenden Gesetzgebung konnte nur dieses der Fall sein. Der Richter hat also die spätere Gesetzgebung vom 18. Dezbr. 1848 und 2. März 1850 auf ein vor ihrem Erscheinen schon vollendet eingetretenes Sach- und Rechtsverhältniß angewändt, somit einen der ersten Rechts-Grundsätze (A. L. R. Einleitung §. 14.) um so mehr verletzt, als sich die neueren Gesetze nicht als nach §. 15 allerdings rückwirkende Auslegung, sondern eben als ganz neue Gesetze ankündigen.

Der Wille der Witwe Thase ist hier ganz gleichgültig, sie konnte über kein Recht verfügen, was ihr nicht zustand, über keine Abfindung ihrer Tochter, die altherkömmlich dem Colonat zufiel, zugefallen war.

Wenn der Richter weiter sagt, daß die im Vertrage vom 26. Mai 1842 zur Bedingung gemachten und vom Verklagten übernommenen Abfindungen nicht in der Art ermittelt und bestimmt worden, wie es bei der Ermittelung und Festsetzung der sogenannten Brautschätze von eigenbehörigen Gütern hergebracht gewesen, so ist auch das unrichtig. Die Mutter hat das Gut ihrem einzigen Sohne, der nach alt-Ravensberger Rechte (Wigand S. 208 ff.) Anerbe war, übertragen und die Brautschätze sind in Güte regulirt. Nach Wigand S. 241 soll nur dann, wenn keine gütliche Einigung stattfindet, zur Taxe geschritten werden. „Findet also, fährt Wigand fort, „gütliche Einigung statt, d.

Digitized by Google

h. bestimmen die Eltern den Brautschatz, und der Gutsherr kann nicht moniren, daß er außer Verhältniß zu den Kräften der Anerben, daß er unbillig und zum Ruin des Guts gereichend sei, so wird keine Taxe aufgenommen." Indem nun der Gutsherr durch die Eigenthums-Verleihung an die Bauern seine Mission verlor, müssen die durch Vertrag zwischen den übertragenden Eltern und dem Stätte-Annehmer bestimmten Brautschätze dieselbe rechtliche Natur haben, als wären sie nach der Eigenthums-Ordnung unter Concurrenz des Gutsherrn regulirt.

Ob die Witwe Thase nach ihrem Testamente einen Rückfall des Brautschatzes nicht hat stattfinden lassen wollen, kann nur unerheblich sein, da sie über den dem Verklagten durch den Tod seiner Schwester schon heimgefallenen Brautschatz, wie oben auch schon bemerkt, nicht verfügen konnte.

Digitized by Google

LV.

In den ehemals zum Herzogthum Nassau gehörigen Landestheilen kann auch für durch oneroſen Vertrag erworbene Steuerbefreiungen keine Entſchädigung beanſprucht werden.

(Naſſauiſche Verordnung vom 6. Sept. 1809.)

Rechtsfall,
mitgetheilt von
Sommer.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Königl. Fiscus, vertreten durch die Königl. Regierung in Coblenz, Verklagten, Appellanten und Adhäſen wider den Freiherrn Friedr. Anton von Hövel zu Junkernthal, Kläger, Appellaten und Adhärenten hat der Civil-Senat des Königl. Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 16. April 1853., an welchen die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, Dr. v. Bamwarth, Schmidt, Schulz und Hülsmann Theil genommen haben, für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Königl. Juſtiz-Senats zu Ehrenbreitſtein vom 30. Juni 1849. zu beſtätigen, der Adhärent auch in die Koſten dieſer Inſtanz zu verurtheilen.

V. R. W.

Gründe.

Ein Rechtsvorfahr des Klägers, Diedrich Friedrich Wilh.

Digitized by Google

von Hövel, hat nach den Angaben in der Klage einen, bei dem Reichskammergericht über verschiedene Gerechtsame des Gutes Thal, Dahl, auch Junkernthal genannt, anhängig gewesenen Prozeß durch den, mit dem damaligen Landesherrn von Sayn-Altenkirchen, dem Markgrafen von Brandenburg-Onolzbach am 11. Juni 1746. abgeschlossenen Rezeß beseitigt, und zufolge des letzteren gegen Zahlung von 1500 Thlr. mehrere Privilegien erhalten, betreffs deren es wörtlich heißt:

„maaßen ihnen von Hövel, seiner Familie und deren Descendenz als Besitzern des Gutes Dahl, wie auch seinen auf dem freien Distrikte Dahl wohnenden Personen, Dienstboten, Kolonen und Hintersassen, die Befreiung von allen, sowohl Personal- als Real oneribus, wie solche nur Namen haben können oder mögen, und darunter insonderheit die Quartierfreiheit bei ereignenden Durchzügen oder Einquartirungen mitbegriffen, — fernerhin gestattet sein soll."

Der jetzige Kläger, welcher als Rechtsnachfolger jenes D. F. W. v. Hövel am 29. Januar 1828. von der Krone Preußen mit dem Gute Dahl beliehen ist, behauptet nun, daß die in dem vorstehenden Rezesse zugesicherten Befreiungen in der neuesten Zeit von der Landesherrschaft nicht mehr gewährt wurden, indem die auf dem freien Distrikte Dahl wohnenden Personen zur Tragung der Einquartierungslast, zum Communalwegebau, zur Zahlung von Grund- und Klassensteuer u. s. w. herangezogen würden, und er hat, weil er jene Privilegien im Rechtswege geltend machen könne, klagend darauf angetragen:

den Königl. Fiskus für schuldig zu erkennen: ihm dafür, daß die seinem vorgedachten Rechtsvorfahr und dessen Nachfolger in dem Besitze des Gutes Dahl, und den auf dem freien Distrikt Dahl wohnenden, schon genannten Personen, in dem Rezesse vom 11. Juni 1746. vertragsmäßig zugesicherten Befreiungen in neuerer Zeit aufgehoben seien, resp. nicht mehr gewährt werden, indem die erwähnten Personen vielmehr den Bestimmungen des Vertrages zuwider,

Digitized by Google

zu den angeführten Lasten herangezogen seien und ferner herangezogen wurden, eine, den Werth dieser Leistungen und Belästigungen völlig aufwiegende, ihren Beträgen nach in separato zu ermittelnde Entschädigung, zu leisten.

Von Seiten des Verklagten wurden verschiedene Einwendungen erhoben, und nachdem bis zur Duplik verhandelt war, erkannte der Königl. Justiz-Senat zu Ehrenbreitstein am 30. 1849.:

„daß die Einrede der Inkompetenz und der fehlenden activen und passiven Sachlegitimation als unbegründet zu verwerfen, auch die Klage, so weit sie auf Entschädigung wegen aufgehobener Freiheit von Grundsteuer gerichtet ist, zurückzuweisen, bezüglich der übrigen Privilegien aber Kläger innerhalb 6 Wochen peremtorischer Frist, rechtsgenügend zu erweisen schuldig u. s. w."

Verklagter hat gegen dieses Erkenntniß Appellation eingelegt, weil die Einrede der Inkompetenz so wie der mangelnden Aktiv- und Passivlegitimation verworfen worden, und der Kläger, welcher diese Appellation nach der Verordnung vom 21. Juli 1849. für unzulässig hielt, hat derselben gleichwohl in soweit adhärirt, als er mit seiner auf Entschädigung wegen aufgehobener Freiheit von Grundsteuer gerichteten Klage zurückgewiesen sei. Er sucht auszuführen, daß die Nassauische Verordnung vom 6./9. Oktober 1809. die Gewährleistung nicht untersage, und hat den Antrag dahin gerichtet, in Betreff seiner Adhäsion das Urtel v. 30. Juni 1849. dahin abzuändern: daß die Klage, soweit sie auf Entschädigung wegen aufgehobener Freiheit von Grundsteuer gerichtet ist, nicht zurückzuweisen, dieselbe vielmehr in diesem, wie in den anderen Klagepunkten, zum Beweise zu verstatten.

Durch das Erkenntniß des Civil-Senats des Appellationsgerichts zu Arnsberg vom 21. September 1850. wurde darauf das Urtel des Justiz-Senates zu Ehrenbreitstein vom 30. Juni 1849. bestätigt, die Adhäsion des Klägers aber an die Appellation des Verklagten für unstatthaft erklärt, indem angenommen ist, daß sie zu spät angebracht und gegen einen Punkt des Erkennt-

Digitized by Google

nisses gerichtet sei, worüber sich der Verklagte nicht beschwert habe. Gegen dieses Urtel ist von beiden Theilen die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt; die des Verklagten ist durch das Erkenntniß des Königl. Revisions- und Kassationshofes vom 16. Dezember 1852. verworfen, das zweite Urtel jedoch auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers in soweit vernichtet, als dessen Adhäsion an die Appellation des Gegentheils für unstatthaft erklärt worden. Die Sache ist daher zur Verhandlung über die Adhäsion des Klägers in die zweite Instanz zurückgewiesen, und der über die Zuständigkeit des zweiten Richters entstandene negative Competenz-Conflict ist durch den Beschluß des Königlichen Ober-Tribunals vom 15. Februar dahin geschlichtet, daß das jetzt Statt gefundene Verfahren vor dem Appellationsgerichte in Arnsberg eintreten solle.

Hiernach ist die Competenz des erkennenden Gerichtshofes festgestellt, und im übrigen daher nur die auf die Adhäsion des Klägers in der Sache getroffene Entscheidung zu rechtfertigen.

Die Beschwerde des Klägers wird darin gesetzt, daß durch das Urtel die Klage, so weit sie auf Entschädigung wegen aufgehobener Freiheit von Grundsteuer gerichtet ist, zurückgewiesen worden. Er stellt die Ansicht auf, daß es nicht entscheidend sei, wenn unter Nassauischer Herrschaft Grundsteuer von dem Gute Junkernthal gegeben sein sollte, sucht aber hauptsächlich die Verordnung vom 6/9. Octbr. 1809, auf welche der erste Richter die Abweisung des bezüglichen Klageantrages gegründet hat, dahin zu interpretiren, als ob sie auf den vorliegenden Fall gar keine Anwendung leide, indem es sich hier nicht um frühere Staatsverhältnisse, sondern um Gewährleistung von Privilegien handle, die durch einen lästigen Vertrag erworben werden.

Diese Art der Auffassung der gedachten Verordnung ist jedoch irrig. Dieselbe verordnet zwar im §. 1 wörtlich:

„Die Eigenthümer solcher Güterliegenschaften oder Grundeinkünfte, welche unter früheren Staatsverhältnissen von Beiträgen zu gewöhnlichen oder außergewöhnlichen Steuern befreit waren, haben die darauf fallende Grundsteuer zu

Digitized by Google

übernehmen, ohne daß ihnen wegen dieser neuen Grundbeschwerde irgend Jemand Gewähr zu leisten gehalten ist,“ und man könnte es, wenn man diesen §. 1 allein im Auge haben dürfte, allerdings in Zweifel ziehen, ob auch diejenigen Grundsteuerbefreiungen aufgehoben sein sollten, welche sich, wie im vorliegenden Falle, auf einen onerosen Contract gründen, und daher mit den früheren Staatsverhältnissen im Allgemeinen nichts zu schaffen haben. Allein die Disposition des §. 1 cit. ist auf die Erwägungsgründe der gedachten Verordnung, von welchen der erste wörtlich so lautet:

„Erwägend, daß nach den, durch die Zeitumstände und veränderte Staatsverhältnisse herbeigeführten Aufhebung aller und jeder Steuerexemtionsprivilegien schon öfters die Frage entstanden ist: ob die Eigenthümer ehemaliger steuerfreier Liegenschaften, zumal diejenigen unter ihnen, welche diese Immunität entweder mit dem Hauptgute von einem dritten Besitzer, oder auch von einem ehemaligen Reichsstande oder Landesherrn selbst auf eine onerose Art acquirirt hatte, zu Entschädigungsforderungen gegen diesen oder jenen berechtigt sein;“ — erlassen, — und bei den dürren Worten dieses enunciativen Einganges der Disposition, bleibt auch nicht der Schatten eines Zweifels, daß Privilegien der gedachten Art, selbst wenn sie titulo oneroso erworben waren, fortan nicht nur aufgehoben sein, sondern auch, daß dem bisher Privilegirten deshalb keinerlei Entschädigungsforderung gegen irgend Jemand zustehen solle.

Der zweite Erwägungsgrund bezeichnet zugleich nebenher als Tendenz der Verordnung: daß durch dieselbe von vorn herein alle Prozesse über diese Frage abgeschnitten werden sollten, — und da so wenig die Rechtsgültigkeit dieser Verordnung als deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall bestritten ist, der Richter aber das bestehende Gesetz anzuwenden hat, so mußte die auf Entschädigung gerichtete Klage, in Bestätigung des ersten Urtels, zurückgewiesen und der Kostenpunkt, wie geschehen, bestimmt werden.

Digitized by Google

LVI.

Der Preußische Strafprozeß nach den positiven Gesetzen und den legislativischen Quellen, unter Anführung sämmtlicher ergänzenden Gesetze, Verordnungen, Ministerialverfügungen und Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals, dargestellt und erläutert von A. Franz. Ein Band in zwei Heften. Quedlingburg und Leipzig, Druck und Verlag von Gottfried Basse. 1852. 8. S. 609. Preis 2 Thlr. 5 Sgr.

Recension
von
Sommer.

Der Verfasser theilt hier die betreffenden Bestimmungen über den jetzt geltenden Preußischen Strafprozeß mit, zweckmäßig zusammengestellt. Erst die Verordnung vom 2. Jan. 1849, soweit sie hier einschlägt. (S. 1 ff.) Dann die Verordnung vom 3. Jan. 1849, zugleich zu den einschlägigen Stellen mit dem Gesetze v. 3. Mai 1852. Dann die wesentlichsten Bestimmungen über den Militairstraf-Prozeß. Alle diese Gesetze und Verordnungen sind kommentirt, die Ergebnisse der Praxis mitgetheilt.— Von Seite 334 ab wird die Criminal-Ordnung vom 11. Dezbr. 1805, so weit sie noch gilt, mitgetheilt. Man überzeugt sich bei

Digitized by Google

dieser Gelegenheit sehr bald, wie sehr ein neuer Strafverfahrens-Codex zu wünschen.

In einem Anhange kommt vor: I. Administratives Strafverfahren (S. 400) 1. Steuern, 2. Zölle, 3. Postgefälle, 4. Kommunikationsabgaben. — Mobiliar-Feuerversicherungswesen (S. 419.) Gesindesachen (S. 420.) Feldpolizeisachen (S. 420.) II. Besonderes Strafverfahren, 1. bei dem Holzdiebstahl (S. 423) Gesetz vom 2. Juni 1852, 2. bei den durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen (S. 437), 4. gegen ausgetretene Militairpflichtige (S. 441), 5. bei Aufrechthaltung der Mannszucht auf den Seeschiffen (S. 443.) III. Disciplinarstrafverfahren (S. 446) A. gegen richterliche Beamte, und zwar 1. nach dem Gesetze vom 3. April 1847 über die Errichtung von Handelsgerichten, 3. nach der Verordnung vom 9. Febr. 1849 über die Errichtung von Gewerbegerichten. B. Gegen nicht richterliche Beamte (S. 466) Gesetz vom 21. Juli 1852. — C. Gegen Geistliche und Kirchenbeamte (S. 495.) IV. Gesetz vom 4. Juni 1851 über den Belagerungszustand (S. 502.) V. Vorschriften und Formulare, welche die Geschäftsverwaltung der Strafgerichte betreffen (S. 510), 1. Geschäftsregulativ für die Gerichte erster Instanz (S. 510), 2. allgemeine Verfügung vom 17. September 1850, das Geschäftsregulativ für die Appellationsgerichte betreffend, 3. allgemeine Verfügung vom 15. Septbr. 1851, betreffend die Kanzleifonds und den Geschäftsgang bei den Gerichten (S. 541), 4. allgemeine Verfügung vom 30. Juni 1849, betreffend die Einreichung der Uebersichten und Tabellen über den Zustand der Justizverwaltung.

Von Seite 560 ab, werden die während des Druckes des Werkes erschienenen, den Strafprozeß tangirende Bestimmungen mitgetheilt. 1. Nachtrag zu den Bestimmungen über den Gerichtsstand der Militairpersonen, 2. desgleichen über die von der Staatsanwaltschaft in Untersuchungssachen zu machenden Mittheilungen, 3. desgleichen zu den Bestimmungen über die Schwur-

Digitized by Google

gerichtsprotokolle, 4. desgleichen zu den Bestimmungen über die Insinuation im Auslande, 5. desgleichen zu dem Gesetze vom 4. Mai 1852 über die vorläufige Strafsetzung, 6. desgleichen zu den Bestimmungen über die Geldstrafen.

Ein brauchbares Register schließt das Werk.

Dieses Werk wird gewiß Manchem nützlich sein. Mehr kann man darüber natürlich nicht sagen. In dem immer werdenden Zustande unserer Gesetzgebung sind solche Bücher allerdings für Viele Bedürfniß. —

LVII.

Holzdiebstahl und Holzberechtigung, nach den gesetzlichen Bestimmungen für Polizeirichter, Polizeianwalte, Forstbeamte, Waldeigenthümer und Holzberechtigte. Dargestellt und erläutert von Ad. Franz. Quedlinburg und Leipzig. Druck und Verlag von Gottfr. Basse (S. 67.) Preis 10 Sgr.

Recension
von
Sommer.

Das Holzdiebstahlgesetz vom 2. Juni 1852 findet hier einen vollständigen und gründlichen Commentar, und zwar wird im ersten Buch der Holzdiebstahl, im zweiten die Waldstreube-

Digitized by Google

rechtigung abgehandelt, und ein Nachtrag theilt die Instruktion für die Polizei-Anwalte vom 24. Novbr. 1852 mit. — Für die betreffenden Beamten wird diese Zusammenstellung gewiß nützlich sein.

LVIII.

1. Wenn ein Winterhuderecht durch Verwandlung des dienenden Grundstücks (Weidekamp) in Ackerland vereitelt wird, kann der Weideberechtigte, welcher zugleich in der Flur auf den Ackergrundstücken, wenn sie fruchtbar sind, die Sommerhude hat, diese des Sommers auf dem in Ackerland verwandelten, mit Früchten nicht bestellten Weidekampe nicht ausüben, sondern kann nur Entschädigung oder Ablöse fordern.
2. Wo keine Schäferei-Gerechtigkeit im Sinne des allgem. Landrechts Th. I. Tit. 22. §. 146 ff. besteht, kann keine Schaafhuderechts-Verjährung gegen die ganze Flur Statt finden, sondern es können nur eben so viele einzelne, von einander unabhängige Servitutberechtigungen vorkommen, als vorhanden sein würden, wenn auf der einen Seite viele Berechtigte, und auf der an-

Digitized by Google

dern viele belastete Grundstückbesitzer vorhanden wären.

(A. L. R. I. 22. §. 28., 80., 81.)

Rechtsfall
mitgetheilt von
Sommer.

Der Landwirth Franz Thiemeyer genannt Schulte zu Berenbrock behauptet, als Besitzer des Schulten Hofes zu Berenbrock ein über die ganze Feldflur Berenbrock sich erstreckendes Schaafhuderecht zu besitzen und dieses Recht durch Acquisitiv-Verjährung erworben zu haben. Dieses Recht soll auf den Ackerländereien gleich nach deren Aberndtung und zur Brachzeit, auf den Weidekämpen und Wiesen aber vom 11. November bis zum 15. April ausgeübt worden sein.

Verklagter Anton Kempernolte genannt Schäfer zu Berenbrock besitzt in der Berenbrocker Feldmark ein Grundstück Flur XIII. Nr. 161. der Steuergemeinde Horn. Dasselbe war früher Weidekamp und wurde als solcher in dem Zeitraume vom 11. November bis zum 15. April von der Schaafheerde des Thiemeyer beweidet. Seit einigen Jahren ist jedoch der Weidekamp in Ackerland umgewandelt. Thiemeyer (Kläger) hält sich deßhalb für befugt, das fragliche Grundstück gleich nach der Aberndtung in observanzmäßiger Reihenfolge der verschiedenen Viehearten mit Schaafen zu behüten, und hat, da ihm ein solches Recht vom Verklagten bestritten wird, auf Zuerkennung desselben gerichtliche Klage erhoben.

Verklagter glaubt dagegen, daß durch die von ihm geschehene Umwandlung des Weidekampes in Ackerland dem Kläger keine größere Berechtigung, als die während der Verjährungszeit von ihm ausgeübte zu Theil geworden sei. Diese Berechtigung habe aber nur in der Winterhude bestanden. Werde Kläger durch Einführung einer die Winterhude ausschließenden Culturart in

Digitized by Google

Ausübung seines bisherigen Huderechts beeinträchtigt, so möge er dieserhalb vom Verklagten Schadensersatz verlangen oder die Ablösung seiner bisherigen Berechtigung erwirken.

Das Königliche Kreisgericht zu Lippstadt hat mittelst Sentenz vom 10. Dezember 1852. nach dem Klageantrage erkannt. Dasselbe nimmt in Gemäßheit der Depositionen der vernommenen Zeugen als erwiesen an, daß alle in der Berenbrocker Feldmark belegenen Ackerländereien mit Ausnahme einiger eingefriedigter Kämpe und eines eingefriedigt gewesenen, jetzt zu Ackerland aptirten Gartens nach der Aberndtung und, sobald der Schweinehirt darauf getrieben habe, mit der Schaafheerde des Schulten Hofes behütet seien. Hierauf wird sodann die Schlußfolge gestützt, daß das Grundstück des Verklagten, weil es jetzt Ackerland sei und im Hude-Revier des Klägers liege, gleich nach der Aberndtung und sobald der Schweinehirt darauf getrieben habe, von der Schaafheerde des Klägers beweidet werden dürfe. Die hiernach sich ergebende Verwandlung der frühern Winterhude in einer Sommer- und Herbsthude wird durch die Bezugnahme auf die Bestimmungen im Allgemeinen Landrechte Theil I. Titel 22. §. 80. und §. 81. gerechtfertigt, indem diese darauf hinweisen, daß die Zeit und Art der Hudeausübung sich der jedesmaligen Cultur- und Benutzungsart der belasteten Grundstücke anschließen müsse.

Auf die vom Verklagten eingelegte Appellation hat das Appellationsgericht zu Arnsberg am 21. Mai 1853. das erste Erkenntniß abgeändert und der Kläger mit der erhobenen Klage zurückgewiesen.

Gründe:

Kläger stützt sein Recht zur Behütung des Grundstückes des Verklagten auf Acquisitiv-Verjährung. Es steht ihm also die Bestimmung des Allgemeinen Landrechts Theil I. Titel 22. §. 28.,

Digitized by Google

nach welcher Grundgerechtigkeiten, die durch Verjährung erworben worden, sich nur soweit erstrecken, als der Besitz während des Laufes der Verjährung gegangen ist,

entgegen. Der Besitz während der Verjährungszeit erstreckte sich aber anerkannter Maaßen auf den Zeitraum vom 11. November bis zum 15. April. Kläger darf die Hudeperiode nicht durch eine andere ersetzen; denn er würde hierdurch seiner Berechtigung einen andern Character geben und eine Sommerhude in Anspruch nehmen, welche er während der Verjährungsperiode niemals exerzirt hat.

Nun hat zwar Verklagter dem Kläger die Winterhude durch Einführung einer andern Culturart zur Zeit entzogen, und glaubt deshalb Kläger berechtigt zu sein, sein Huderecht zu einer Zeit ausüben zu dürfen, wo dasselbe mit der ökonomischen Benutzung des vom Verklagten besessenen Grundstücks nicht in Collision gerathe. Der Richter erster Instanz ist dieser Ansicht des Klägers auf Grund der im Allgem. Landrechte Theil I. Tit. 22. §. 80. und 81. enthaltenen Bestimmungen beigetreten; allein mit Unrecht.

Jene Bestimmungen sind nur zum Vortheil des belasteten Grundeigenthums und im Interesse der Landwirthschaft gegeben; sie stehen aber keinesweges dem Hudeberechtigten zur Seite; dieser soll vielmehr sein Huderecht in solchen eng gezogenen Grenzen ausüben, daß der Eigenthümer weder an der Substanz der Sache Schaden leide, noch an der nach Landesart gewöhnlichen Cultur und Benutzung gehindert werde. Es ist der allgemeine Grundsatz zur Anerkennung gebracht, daß Hütungsgerechtigkeiten, wie alle übrigen Servituten „pfleglich“ ausgeübt werden müssen.

Auch kann nicht maaßgebend sein, daß, wie Kläger behauptet, die Hudeberechtigung des Schulten Hofes sich über die ganze Feldflur Berenbrock erstrecke. Denn eine Schäfereigerechtigkeit im Sinne des Allgemeinen Landrechts Theil I. Titel 22. §. 146 et seq. besitzt Kläger nicht. Eine solche Schäfereigerechtigkeit ist in der Regel ein Vorrecht der Gutsherrschaft; ent-

Digitized by Google

gegengesetztenfalls beruhet dieselbe auf Provinzial- oder Gemeinde-Verfassung, auf Verträgen oder alt hergebrachten Gewohnheiten.

Allgem. Landrecht §. 146. §. 153. loco cit.

Strubens rechtliche Bedenken Bd. I. Bedenken CXXII.

Eichhorns deutsches Privatrecht §. 182.

Kläger hat aber gar nicht behauptet, derartige Erwerbstitel zu besitzen. Er stützt sein Recht auf die Acquisitiv-Verjährung. Die Verjährung kann sich aber ihrer rechtlichen Natur nach nicht gegen eine ganze Feldflur, in welcher die verschiedenartigsten Grundstücke mehrerer Besitzer und Eigenthümer liegen, richten; vielmehr kann eine solche Verjährung stets nur von Seiten eines bestimmten praedium dominans gegen ein bestimmtes praedium serviens begonnen und vollendet werden. Daß ein bestimmtes praedium dominans gleichzeitig sich viele oder alle Grundstücke in einer bestimmten Feldmark durch Verjährung pflicht- und dienstbar macht, ändert in der Natur der durch Verjährung erworbenen Berechtigung nichts; diese wird durch den erwähnten Umstand keine allgemeine, auf der ganzen Feldflur ruhende und die einzelnen darin belegenen Grundstücke in eine rechtliche Verbindung setzende Gerechtigkeit, sondern es liegen hier eben so viel einzelne, von einander unabhängige Servitutberechtigungen vor, als vorhanden sein würden, wenn auf der einen Seite viele berechtigte, auf der andern Seite viele belastete Grundstücke respective viele berechtigte und viele belastete Grundbesitzer vorhanden wären. Der vom ersten Richter für seine Entscheidung angeführte Grund „alle Ackerländereien in der Berenbrocker Feldmark seien nach der Aberndtung der Schaafhude des Schulten Hofes unterworfen," ist deshalb factisch und rechtlich unhaltbar.

Dem Kläger kann nur überlassen bleiben, den Verklagten entweder auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen oder seine Hudeberechtigung abzulösen.

Digitized by Google

LIX.

Sind die von Special-Commissarien im Auslande aufgenommenen Verhandlungen als gerichtliche oder öffentliche Documente anzusehen?

Mitgetheilt

von

Herrn Regierungs-Assessor **Herdinck** zu Eisleben.

Der Umstand, daß die vorstehende Frage von der Königlichen General-Commission zu S. „unbedenklich" bejaht ist, mag eine etwas weiter greifende Erörterung derselben rechtfertigen. Je näher irgend eine juristische Streitfrage den ursprünglichen Rechtsfundamenten, so zu sagen den Axiomen tritt, je weniger dieselbe durch irgend eine ausdrückliche Gesetzesstelle entschieden werden kann, und so weitere Ausgänge sind bei Behandlung derselben zu nehmen.

Der §. 55. der Verordnung vom 20. Juni 1817 giebt den Verhandlungen der Special-Commissarien die Wirkung öffentlicher Urkunden und in Bezug auf die von ihnen instruirten Streitigkeiten die Wirkung der gerichtlichen Protokolle. Den Verhandlungen der zum Richteramt verpflichteten Special-Commissarien wird überall die Wirkung gerichtlicher Urkunden beigelegt. Für die mit der Auseinandersetzung connexen von Commissarien aufgenommenen Verträge ist von dem Erforderniß der eigentlichen gerichtlichen Aufnahme abstrahirt, und in Betreff der Rezeßvoll-

Digitized by Google

ziehung ist im Art. 15. des Gesetzes vom 2. März 1850. bestimmt, daß dieselbe vor jedem Specialcommissar mit der Wirkung wie vor einem Richter oder Notar erfolgen könne.

Dieses sind im Allgemeinen die sich über Form und Wirkung der Verhandlungen der Special-Commissarien verhaltenden gesetzlichen Bestimmungen. Im übrigen unterliegen diese Verhandlungen den generellen gesetzlichen Regeln, wie solche im Allgemeinen Land-Rechte und der Gerichts-Ordnung enthalten sind. Die Auseinandersetzungen sind eine besondere Prozeßart (Allgem. Ger.-Ord. Tit. 23.), welche von besondern Behörden und nach besondern Gesetzen geleitet werden.

Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, daß die an die Spitze dieser Erörterung gestellte Frage eben dieselbe Beantwortung finden muß, als wenn dieselbe hinsichtlich der von einem Richter im Auslande aufgenommenen Verhandlungen gestellt wird.

In dieser Beziehung enthält weder das Allgemeine Land-Recht noch die Gerichts-Ordnung ausdrückliche Bestimmungen. Die Frage muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.

Nach Römischem Rechte war die, bestimmten Magistratspersonen anvertraute Gerichtsbarkeit, worunter auch die freiwillige Gerichtsbarkeit — legis actiones — begriffen war, nur für bestimmte geographische Bezirke verliehen. Außerhalb dieser Grenzen, selbst innerhalb des Römischen Gebietes, hatten die Handlungen der richterlichen Magistratspersonen weder die Bedeutung einer gerichtlichen, noch auch überhaupt die Bedeutung einer von einer öffentlichen Person vorgenommenen Handlung.

Conf. L. 3. D. de off. praes. 1, 18.

Praeses in suae provinciae homines tantum imperium habet, et hoc dum in provincia est; nam si excesserit, privatus est.

L. 3. D. de off. praef. urb. 1, 12.

Praefectus urbi, dum terminos exierit, potestatem non habet.

Digitized by Google

L. 20 D. de jurisd. 2, 1.

Extra territorium jus dicenti non paretur. —

Diese Grundsätze sind in das gemeine Recht übergegangen. Die Handlungen eines Richters haben nur alsdann den Character der richterlichen, wenn derselbe innerhalb seines Gerichtssprengels als solcher handelt.

Vergl. Linde Civilprozeß §. 73.

Das Preußische Recht hat diese strengen Grundsätze verlassen. Es bestimmt zwar im Allgemeinen, daß jeder Richter Amtshandlungen nur innerhalb seines Gerichtssprengels d. h. wie solches der Anhang §. 29. definirt, „innerhalb der physischen Grenzen des Districts," vornehmen könne, (§. 19. Tit. 17. Th. II. Allgem. L. R.) es erklärt aber abweichend vom gemeinen Rechte eine außerhalb des Gerichtssprengels vorgenommene gerichtliche Handlung nicht für eine dieserhalb ungültige resp. für eine bloße Privathandlung, sondern bedroht nur den eine solche Handlung vornehmenden Richter mit Strafe und läßt ihn die erhobenen Gebühren an den ordentlichen Richter herausgeben. Es liegt diesen Bestimmungen offenbar die Auffassung zum Grunde, daß die richterliche Gewalt als Ausfluß der das ganze Staatsgebiet umfassenden Staatsgewalt an sich eine allgemeine und über den zur Ausübung derselben zunächst angewiesenen Bezirk hinausgehende sei.

Allg. L. R. II. Tit. 17. §. 60.

" " " I. Tit. 12. §. 73. sq.

Allg. Ger. Ord. Th. II. Tit. 2. §. 10.

Von den im Auslande vorgenommenen Handlungen sagt das Gesetz nichts, es kann aber mit Grunde nicht bezweifelt werden, daß die vorstehenden Bestimmungen nicht einmal extensiv oder analog auf die im Auslande vorgenommenen richterlichen Handlungen ausgedehnt werden können.

Nach den geltenden staatsrechtlichen Grundsätzen ist jede richterliche Gewalt ein Ausfluß der dem Könige zustehenden Staatsgewalt. Jede richterliche Handlung geschieht nur im Namen des

Digitized by Google

Fürsten, der seinerseits die höchste Gewalt allein als eignes Recht hat und in eignem Namen ausübt. Das Allgem. Land-Recht spricht diese Grundsätze aus, wenn auch in einer Form, welche den Theorien der Zeit seiner Abfassung, nicht aber dem jetzigen staatsrechtlichen Begriffe der deutschen Monarchie angemessen ist. (Conf. z. B. §. 1. 2. 3. Tit. 17. §. 1. 2. 14. Tit. 13. II. Allgem. L. R.)

Allg. Land-Recht Th. II. Tit. 17. §. 18. 19.

Verfassung vom 31. Januar 1850. art. 86.

Die Staatsgewalt, die Souverainetät ist beschränkt auf das Staatsgebiet. Nach ihrer Natur ist solche auf demselben Gebiete nur als einzige denkbar. Auf ein und demselben Territorio können nicht zwei Gewalten zugleich die höchsten sein. Daraus folgt, daß der Ausfluß der souverainen Gewalt, die richterliche Autorität, nothwendig ebenso von den Grenzen des Gebietes eingeschränkt ist, wie solches die Quelle der richterlichen Gewalt, die Souverainetät selber ist. Auf fremdem Territorio schließt die fremde Souverainetät diejenige vollständig und ganz aus, von der der diesseitige Richter einen Theil zu verwalten hat, oder richtiger gesagt, welche die Grundlage seiner amtlichen Autorität ist. Es läßt sich deshalb juristisch gar nicht denken, daß die im Auslande vorgenommene Handlung eines inländischen Richters die Bedeutung einer gerichtlichen Handlung habe. Sobald der Richter die Grenze überschreitet, steht er ganz außerhalb derjenigen Gewalt, die ihm und seinen Handlungen den richterlichen Character verleiht. Er kann Rechte aus der Staatsgewalt nicht ausüben, wo diese Gewalt selbst ausgeschlossen ist. Er ist im Auslande Privatmann, seine Handlungen sind Privathandlungen, judex extra territorium privatus.

Wenn die Königliche General-Commission in S. in Bezug auf die Verhandlungen der Special-Commissarien entgegengesetzter Ansicht ist, so wird dafür angeführt, daß diese Verhandlungen mit ihrer Genehmigung im Auslande gepflogen werden. Nach den vorstehenden Ausführungen ist eine solche Genehmigung nicht

Digitized by Google

geeignet, an der rechtlichen Lage der Sache irgend etwas zu ändern. Das einzig juristisch denkbare und mögliche wäre dieses, daß den im Auslande vorgenommenen richterlichen Acten, als an sich privater Natur, die Wirkung einer eigentlichen gerichtlichen Handlung ausdrücklich beigelegt wäre. Dafür giebt es aber nirgends einen Anhalt, am wenigsten aber würde man die Analogie des §. 60. Tit. 17. Th. II. Allg. Land-Rechts dafür anführen können, da hier die außerhalb des Sprengels vorgenommenen Acte als wirkliche gerichtliche angenommen werden.

Sind vorstehende Grundsätze richtig, so folgt, daß die von einem Richter oder einem Special-Commissar im Auslande aufgenommenen Verhandlungen nicht die Bedeutung gerichtlicher Documente haben. Bei Ansehung des §. 123. Tit. 10. Allg. Ger. Ord. und bei Erwägung der obigen Ausführungen kann man ihnen nicht einmal den Character öffentlicher Dokumente beilegen. Nach dem §. cit. sind öffentliche Dokumente solche,

> „deren Aussteller im Staate dazu bestellt worden sind, dergleichen Urkunden aufzunehmen oder zu bekräftigen."

Der Ausdruck „im Staate" weist klar darauf hin, wo die Grenzen für die Aufnahme derartiger Urkunden sind.

Schließlich mag noch erwähnt werden daß die eigenmächtige Ausübung irgend welcher amtlicher Functionen im Auslande eine Verletzung der dort allein und ausschließlich herrschenden Staatsgewalt (in specie der Grundhoheit) ist. Für dergleichen auf diesseitigem Gebiete geschehene Anmaßungen würde nach Umständen der §. 104 und §. 3 des Strafrechts Anwendung finden.

Digitized by Google

LX.

1. Wenn der Lotterie-Einnehmer die Einsatz-Ausstände von seinem nachher in Concurs gerathenen Unter-Einnehmer überlassenen Loosen einzieht, macht er sich gegen dessen Concurs-Masse nicht ersatzpflichtig, obgleich

2. übrigens das Verhältniß vom Einnehmer zum Untereinnehmer nach den Grundsätzen des Trödel-Contracts zu beurtheilen ist.

Rechtsfall
mittgetheilt
von
Sommer.

Das folgende Erkenntniß spricht die obigen Rechtsgrundsätze aus. Durchschlagend war jedenfalls, daß der Untercollecteur gegen die Loos-Käufer kein Klagrecht hatte, und, indem sie ihre natürliche Verbindlichkeit durch Zahlung an den Einnehmer tilgten, dieser keinen ungerechten Vortheil erlangt.

Gründe.

Der Adam Hees zu Siegen hat als Lotterie-Einnehmer den Heinrich Jakob Melmer daselbst, mit Genehmigung der vor-

Digitized by Google

gesetzten Behörde als Unter-Einnehmer angenommen, und mit demselben unterm 24. August 1832. über dies Verhältniß einen schriftlichen Kontrakt geschlossen.

Der ꝛc. Melmer hat mehrere von dem Verklagten (Hees) erhaltene Loose auf Kredit verkauft, und, nachdem er mit Tode abgegangen, über seinen Nachlaß auch der Konkurs eröffnet war, beliefen sich diese kreditirten Einsätze für Loose zu früher abgehaltenen Ziehungen, auf erhebliche Beträge. Der Verklagte Hees hat nach Eröffnung des Konkurses von diesen Ausständen 121 Thlr. 22 Sgr. 9 Pfg. eingezogen und auf die Schuld des Melmer gutgeschrieben, der Konkurskurator ist damit jedoch nicht einverstanden, vielmehr der Ansicht, daß dieser Betrag nicht dem Verklagten, sondern der Melmerschen Konkursmasse zustehe, indem er davon ausgeht, daß zwischen dem Verklagten und dem Melmer bezüglich der, dem Letztern überlassenen Loose ein Trödelkontrakt und kein Mandatsverhältniß bestanden habe, und daß der Verklagte, indem er Ausstände erhoben, welche der Melmerschen Konkursmasse gehörten, als deren Geschäftsführer zu betrachten sei. Er verlangt daher Zahlung des erhobenen Betrages nebst Zinsen vom Tage der insinuirten Klage zur Masse, so wie Auflegung einer eidlich zu bekräftigenden Rechnung über die sonstigen Einnahmen von Kauf- oder Einsatzgeldern für die vom Kridar abgesetzten Lotterieloose; er ist mit diesem Antrage jedoch durch das Erkenntniß des Kreisgerichts Siegen vom 11. Febr. 1853. auf den Widerspruch des Verklagten abgewiesen, und dies Erkenntniß mußte auf die vom Kläger dagegen eingelegte Appellation lediglich bestätigt werden.

Denn wenn auch die Ausführung desselben, daß der Melmer obgleich ihm nach dem Kontrakte eine Vergütung für seine Bemühungen zugesichert worden, nach diesem Kontrakte und der Instruktion der General-Lotterie-Direktion vom 1. Mai 1834 zu dem Verklagten in einem Verhältnisse gestanden habe, in welchem die Natur des Trödelvertrages vorherrschend gewesen, im Wesentlichen richtig ist, weil der Melmer für diejenigen Loose, welche

Digitized by Google

er nicht zeitig vor der betreffenden Ziehung zurückgab, ohne Weiteres belastet und also Eigenthümer derselben geworden ist, weil er folgeweise die Einsätze auf seine Gefahr kreditirt hat, und der kreditirte Betrag daher ein ihm gehöriges Aktivum ist, so ist damit die Sache doch keineswegs entschieden; denn der Verklagte hat sich durch Einziehung der von dem ꝛc. Melmer kreditirten Einsätze keineswegs als dessen resp. der Masse Geschäftsführer dargestellt, sondern er hat offenbar im eigenen Interesse gehandelt, er wollte die ihm drohenden Verluste abwenden, und es läßt sich nicht ohne Weiteres behaupten, daß er zur Einziehung der qu. Beträge nicht befugt gewesen sei, da die Loose seine Unterschrift, wie dies gewöhnlich der Fall ist, getragen haben werden und er wegen der Einsätze derselben noch nicht befriedigt war; indem er sich also bezahlt machte, trat er zu dem ꝛc. Melmer resp. der Konkursmasse in keinerlei Rechtsverhältnisse; wenn die Letztere nach der Kabinetsorder vom 21. Juli 1841 wegen der kreditirten Einsätze kein Klagerecht hat, so kann es ihr gleichgiltig sein, ob die Spieler in Folge einer moralischen Verpflichtung veranlaßt worden sind, ihre Schuld an den Verklagten zu zahlen; — in dem gegenseitigen Verhältnisse der Masse zu den Spielern ist, durch die an den Verklagten erfolgte Zahlung nichts geändert, und wenn dieselben belangt werden könnten, wie es nicht der Fall ist, so würde es sich auf die von ihnen zu erhebende Einrede der Zahlung einfach darum handeln, ob sie an den Verklagten mit voller rechtlicher Wirkung hätten zahlen können? Diese Frage mag einer verschiedenen Beurtheilung unterliegen; so viel steht aber fest, daß der Verklagte sich nichts zugeeignet hat, worauf er kein Recht hatte, und daß er dem Kläger nichts entzogen hat, worauf dieser einen rechtlichen Anspruch geltend machen könnte. Der Mangel jeglichen Rechtsverhältnisses in dieser Frage zwischen den Partheien, mußte daher die Bestätigung des ersten Urtheils herbeiführen, wobei noch zu bemerken ist, daß keine Andeutung in den Akten darauf hinweis't, daß die Spieler bei der Zahlung

Digitized by Google

die Absicht erklärt hätten, durch den Verklagten sich ihrer Verpflichtung gegen Melmer resp. die Masse zu entledigen; eine solche Behauptung liegt nicht vor, und es ist deshalb überflüssig, die Sache aus diesem Gesichtspunkte zu beleuchten.

Der Kostenpunkt erledigt sich nach §. 6 Tit. I der A. G. O. und es war daher überall, wie geschehen, zu erkennen.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

LXI.

Ueber die Anwendung des §. 184. des Strafgesetzbuchs bei verheimlichter Schwangerschaft oder Niederkunft und hülfloser Geburt, in deren Folge der Tod des neugebornen Kindes eingetreten ist.

Mitgetheilt
von
Herrn Staats-Anwalt **Hüttemann** in Siegen.

Im neuen Preußischen Strafgesetzbuche vom 14. April 1851 ist die Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft nicht unter Strafe gestellt. Die hierauf bezüglichen Strafvorschriften des Tit. 20 Thl. II des Allgem. Land-Rechts §§. 901 ꝛc. sind weder im Allgemeinen, noch in ihrem speziellen Detail dem neuen Gesetze einverleibt; man ist vielmehr zur Ansicht der „Carolina“ und dem Grundsatze des gemeinen Criminalrechts zurückgekehrt, wornach die bloße Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft als ein besonderes Verbrechen an sich nicht zu erachten;

Digitized by Google

vielmehr nur als ein Indizium des Kindermordes geeigneten Falls anzusehen, oder nach den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen der culposen Tödtung zu behandeln war.

Cfr. Artikel 35 und 131 der Peinlichen Gerichtsordnung:

„Von heimlichem Kindhaben, und tödten, durch ihre Mütter, genugsame Anzeigung" —

So man eine Dirne, so für eine Jungfrau gehet, im Argwohn hat, daß sie heimlich ein Kind gehabt, und ertödtet habe, soll man sonderlich erkunden, ob sie mit einem großen ungewöhnlichen Leib gesehen worden sei: Mehr ob ihr der Leib kleiner worden, und darnach bleich und schwach gewest sey: So solches und dergleichen erfunden wird, wo dann dieselbe Dirne eine Person ist, darzu man sich der verdachten That versehen mag, soll die durch verständige Frauen an heimlichen Stätten, als zu weiter Erfahrung dienstlich ist, besichtiget werden, und will der That dannoch nicht bekennen, mag man sie peinlich fragen. —

Artikel 131: Straff der Weiber, so ihre Kinder tödten.

Absatz 2.

So aber ein Weibsbild, als obsteht, ein lebendig gliedmäßiges Kindlein, das nachmals todt erfunden, heimlich gebohren und verborgen hätt, und so dieselbig erkundigte Mutter deßhalb bespracht wird, Entschuldigungsweiß fürgeben, als dergleichen je zu Zeiten an Uns gelangt, wie das Kindlein ohn ihr Schuld todt von ihr gebohren sein solt, wolt sie dann solch ihr Unschuld durch redlich gut Ursachen und Umstände durch Kundschafft ausführen, damit soll es gehalten und gehandelt werden, wie am 74 Articul anfahend: Item, so ein Beklagter Kundschafft ꝛc. funden wird, auch deßhalb zu weiter Suchung, Anzeigung geschieht; Dann ohn obbestimmte genugsame Beweisung ist der angeregten vermeinten Entschuldigung nicht zu glauben, sonst möcht sich eine jede Theterin mit einem solchen gedachten Fürgeben ledigen. Doch so ein Weibsbild ein

Digitized by Google

lebendig, gliedmäßig Kindlein also heimlich trägt, auch mit Willen allein, und ohne Hülff anderer Weiber gebiehrt, welche ohnhülffliche Gebuhrt mit tödtlicher Verdächtigkeit geschehen muß: So ist deßhalb kein glaublichere Ursach, dann daß dieselbige Mutter durch boshaftigen Fürsatz vermeint, mit Ertödtung des unschuldigen Kindleins, daran sie vor, in oder nach der Geburt schuldig wird, ihre geübte Leichtfertigkeit verborgen zu halten. Darum, wann ein solch Mörderin auf gedachter ihrer angemaßten, unbeweisten freventlichen Entschuldigung bestehen bleiben wolt, so soll man sie auf obbemeldete genugsame Anzeigung, bestimmts unchristlichen und unmenschlichen erfundenen Uebels und Mords halber mit peinlicher ernstlicher Frag zu Bekanntniß der Wahrheit zwingen, auch auf Bekanntniß desselben Mords zu endlicher Todtstraff, als obstehet, urtheilen. Doch, wo eines solchen Weibs-Schuld oder Unschuld halb gezweiffelt wird, so sollen die Richter und Urtheiler, mit Anzeigung aller Umstände, bey den Rechtsverständigen, oder sonst, wie hernach gemeldt wird, Raths pflegen." —

§. 238 der 10. Ausgabe des Lehrbuchs des gemeinen, in Deutschland gültigen peinlichen Rechts von Feuerbach:

„Ein culposer Kindesmord wird am häufigsten durch fahrlässiges Unterlassen der Unterbindung der Nabelschnur, oder durch eine aus Fahrlässigkeit, besonders durch Verheimlichung der Schwangerschaft, entstandene hülflose Niederkunft begangen. Bloße Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft, so ferne sie nicht als Versuch des Kindesmordes betrachtet werden kann, ist nach gemeinem Rechte kein besonderes Verbrechen."

Diesemgemäß war auch bereits in der Allgemeinen Verfügung vom 25. Mai 1851 — betreffend die Vollstreckung von Straferkenntnissen in Fällen, wo das neue Strafgesetzbuch mildere Bestimmungen, als das bisherige Strafrecht, enthält. — Just.

Digitized by Google

M. Bl. S. 194 — von dem Justiz-Minister darauf hingewiesen, —

daß die Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft im neuen Strafgesetzbuche zwar nicht unter Strafe gestellt sei; daß man deßhalb aber keineswegs annehmen könne, daß nun alle derartigen Fälle, in welchen auf Grund der älteren Gesetze auf Strafe erkannt worden, nach dem neuen Strafgesetzbuche straflos bleiben würden; daß vielmehr in sehr vielen Fällen anstatt der Strafe der verheimlichten Schwangerschaft und Niederkunft, wenn nicht auf die Strafe der vorsätzlichen Tödtung, also des Kindesmordes, so doch auf die Strafe der fahrlässigen Tödtung (§. 184 des neuen Strafgesetzbuchs) oder der heimlichen Beerdigung (§. 186 a. a. O.) zu erkennen gewesen sein würde.

Daß in dieser Art vorkommenden Falls die Vorschrift des §. 184 des Strafgesetzbuchs:

„Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen herbeiführt, wird mit Gefängniß von Zwei Monaten bis zu Zwei Jahren bestraft."

wirklich anzuwenden sei, ist nunmehr auch vom obersten Gerichtshofe angenommen und darnach erkannt worden.

Die Frage kam in dem nachstehenden, bei der Abtheilung für Strafsachen des Kreisgerichts zu Siegen verhandelten Falle zur Entscheidung.

In der Nacht vom 4./5. September 1851 gebar die unverehelichte Elise S. im Hause ihrer Dienstherrschaft zu Laasphe in Folge außerehelichen Beischlafs ein lebendes Kind weiblichen Geschlechts, welches kurz nach der Geburt starb.

Als ihr schwangerer Zustand sich offenbarte, war die Elise S. von ihrer Hausfrau ausdrücklich befragt, ob sie schwanger sei; hatte dieß jedoch gänzlich in Abrede gestellt; sie hatte sich keiner Hebamme oder sonstigen zuverlässigen Frau Behufs Beistandsleistung anvertraut, überhaupt keinerlei Vorsichtsmaaßregeln für ihre zu erwartende Niederkunft getroffen. Vor der Niederkunft

Digitized by Google

war die Elise S. in der vorbezeichneten Nacht, am Ende des 8ten oder am Anfange des 9ten Monats ihrer Schwangerschaft überrascht worden, war nach deren Eintritte mit dem neugebornen Kinde aus dem Bette getreten, und hatte die Nabelschnur durchschnitten, ohne solche jedoch zu unterbinden. Hierbei war das Kind eine Zeitlang der Kälte ausgesetzt gewesen; dasselbe starb nach Kurzem im Bette, in welches die Mutter mit demselben sich zurückbegeben hatte.

Die stattgehabte Geburt wurde von der Elise S. anfänglich verheimlicht und der Leichnam des Kindes in einer Schachtel ihres Kleiderkastens versteckt, wo derselbe erst am Abende des 6. Septembers vorgefunden wurde. Nach erfolgter Obduction der Leiche gaben die Gerichtsärzte ihr Guthaben dahin ab:

1. daß das Kind der Angeschuldigten lebensfähig, obgleich nicht vollkommen reif geboren worden;
2. daß dasselbe gelebt und geathmet, aber nur kurze Zeit;
3. daß dasselbe an Apoplexie gestorben, als deren ursachliches Verhältniß mit vieler Wahrscheinlichkeit die Einwirkung der Kälte angesehen werden könne.

In Folge der vom Staatsanwalt auf Grund des §. 184 des Strafgesetzbuchs gegen die Elise S. wegen Tödtung ihres neugebornen Kindes aus Fahrlässigkeit erhobenen Anklage war dieserhalb die gerichtliche Untersuchung eröffnet; das Resultat der mündlichen Verhandlung bestätigte die vorstehend hervorgehobenen thatsächlichen Momente der Anklage; es stellte sich dabei jedoch eine Differenz zwischen dem Gutachten der vernommenen Aerzte über die Todesursache des Kindes insofern heraus, als der eine Sachverständige die Ursache der eingetretenen Apoplexie in der Einwirkung der Kälte; der andere aber in dem Nichtunterbinden der Nabelschnur finden wollte.

Der Gerichtshof erkannte darauf nach Abschluß der Verhandlung am 24. November 1851:

daß die Angeklagte des Vergehens der Tödtung eines

Digitized by Google

neugeborenen Kindes aus Fahrlässigkeit nicht schuldig, und deßhalb von dieser Anschuldigung kostenfrei loszusprechen.

Von Rechts Wegen.

Gründe:

Nach den vorliegenden Verhandlungen, der Aussage der Angeklagten und den Depositionen der sachverständigen Aerzte, Kreisphysikus Dr. Groos, Kreisphysikus Dr. Vollmer, Dr. Eduard Groos und Kreiswundarzts Kösters ist folgendes Resultat der Untersuchung als feststehend anzunehmen:

Die Angeklagte hat in der Nacht vom 4./5. September cur. in Folge eines außerehelichen Beischlafes ein lebendes Kind weiblichen Geschlechts geboren, welches kurz nachher apoplektisch gestorben ist. Ihre Schwangerschaft hatte sie, wozu sie gesetzlich auch nicht verpflichtet war, Niemanden mitgetheilt und von der Niederkunft wurde sie dermaßen mitten in der Nacht überrascht, daß ihr das Herbeiholen von Hülfe unmöglich war, indem sie in einer Etage allein schlief. Unmittelbar nach der Geburt des Kindes hat sie dasselbe, nach ihrer Angabe, und weiter steht ihr nichts entgegen, kurze Zeit außerhalb des Bettes zu einem Tische getragen und die Nabelschnur des Kindes, ohne jene zu unterbinden, durchschnitten. Die Sachverständigen haben sich darüber nicht einigen können:

„ob die Einwirkung der Kälte auf das neugeborne — obwohl lebensfähige — Kind oder das Nichtunterbinden der Nabelschnur die Ursache der eingetretenen Apoplexie, also mittelbar des Todes des Kindes gewesen sei?

Der Dr. Eduard Groos steht mit der letztgedachten Ansicht allein da und die übrigen der Sachverständigen sind in Beziehung auf die andere angegebene Todesursache sämmtlich einverstanden.

Die Richtigkeit beider Hypothesen mag indeß dahin gestellt bleiben, da der Gerichtshof bei den vorliegenden Umständen, nämlich der jetzigen Lage der Gesetzgebung, der Unerfahrenheit der

Digitized by Google

Angeklagten in Angelegenheiten dieser Art, ihrem Stande, ihrer Bildung und endlich in Erwägung, daß sie von der Entbindung in der Nacht übereilt ist, ihr in keinem jener gedachten beiden Fälle eine Fahrlässigkeit zur Last legt. Sie konnte nicht wissen, daß ein kurzer Aufenthalt eines neugebornen Kindes in kalter Luft, sowie das Nichtunterbinden seiner Nabelschnur dessen Tod zur Folge hat und kann ihr mithin eine Fahrlässigkeit bei dessen wirklich stattgehabtem Tode nicht imputirt werden. Das Strafgesetz §. 184 des Strafgesetzbuchs — und ein anderes liegt hier nicht vor — findet mithin auf die Angeklagte keine Anwendung, wovon die kostenfreie Lossprechung die rechtliche Folge ist.

Der Staatsanwalt appellirte gegen dieses Erkenntniß und rechtfertigte die Appellation in folgender Art:

„Die Angeklagte hat, wie auch der erkennende Richter als thatsächlich feststehend angenommen hat, ein uneheliches Kind geboren, welches kurz nach der Geburt apoplektisch gestorben ist; dieselbe hat der Geburt vorhergehend, selbst auf Befragen ihrer Dienstherrschaft, ihren schwangeren Zustand in Abrede gestellt und ist in der Nacht von den Geburtswehen überrascht worden, welches zur Folge gehabt hat, daß sie ohne Beistand geblieben, mit dem nackten Kinde selbst aus dem Bette gegangen und die Nabelschnur durchschnitten, aber nicht unterbunden hat. Nach dem Gutachten der sachverständigen Aerzte ist das Kind an Apoplexie nach der Geburt gestorben; die Obducenten und der Sachverständige, Kreisphysikus Dr. Vollmer, setzen die Ursache der eingetretenen Apoplexie in die Einwirkung der Kälte auf das zarte, neugeborne Kind; der Dr. Groos findet solche in der unterlassenen Unterbindung der Nabelschnur.

Bei der Unerfahrenheit der Angeklagten in Angelegenheiten dieser Art, ihrem Stande, ihrer Bildung und dem Umstande, daß sie in der Nacht von der Entbindung übereilt worden, hat der Gerichtshof eine Fahrlässigkeit für beide Fälle, von welchen der eine oder der andere als die mittelbare Todesursache angesehen

Digitized by Google

werden muß, nicht angenommen und dadurch die Freisprechung motivirt.

Wenn nun auch nicht bestritten werden soll, daß die Angeklagte in jener Nacht von der Geburt überrascht worden, so ist dagegen aber immer noch von besonderem Gewichte, daß man diesen Umstand ihrer eigenen Handlungsweise und dem Verschweigen, ja positiven Ableugnung der Schwangerschaft ihrerseits gegen ihre Dienstfrau mit Grunde zuschreiben muß. Hätte sie ihrer Dienstfrau ihren schwangeren Zustand anvertraut, so würde von dieser Seite gewiß Vorkehrung getroffen sein, daß Angeklagte beim Eintreten der Geburtswehen nicht ohne Beistand blieb, oder die Angeklagte würde bei Entlassung zu ihren Verwandten auch nicht hülflos gelassen sein.

Die positiven Bestimmungen der früheren Gesetzgebung, wo nach eine außer der Ehe geschwängerte Frauensperson verpflichtet war, zeitig von ihrer Schwangerschaft Anzeige zu machen, sind allerdings mit der Einführung des neuen Strafgesetzbuches beseitigt; der Grund dieser Bestimmungen, welcher darin lag, daß bei der Geburt für das Kind gehörig gesorgt werden solle, wozu die Gebärerin selbst gewöhnlich unfähig, oder auch zu unerfahren ist, besteht aber immer noch und erscheint deshalb die unterlassene Anzeige der Schwangerschaft in einem solchen Falle immer von Gewicht beim unglücklichen Ausfalle der Geburt und begründet die Annahme von Fahrlässigkeit auf Seiten der Mutter. Kommt hierzu aber noch, wie im vorliegenden Falle, daß die Mutter bei der Geburt sich nicht gehörig benommen und den Tod des Kindes herbeigeführt hat, so liegt unter diesen Umständen offenbar eine solche Fahrlässigkeit vor, welche das Gesetz als strafbar erachtet.

Der §. 184 des Strafgesetzbuchs, welcher vorschreibt:

„Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen herbeiführt, wird mit Gefängniß von 2 Monaten bis zu 2 Jahren bestraft,“

erscheint deshalb in Berücksichtigung dieser Umstände auf den vorliegenden Fall auch anwendbar, zumal wenn man erwägt, daß

Digitized by Google

das Gesetz eine wirklich grobe Fahrlässigkeit gar nicht einmal verlangt; in den unterlassenen Vorsichtsmaaßregeln Seitens der Angeklagten für den unvorhergesehenen Eintritt der Geburt in Verbindung mit den ihr bei der Geburt zur Last fallenden Handlungen: (sei es Aussetzung des Kindes der kalten Nachtluft, sei es Durchschneidung und demnächstige Verabsäumung der Unterbindung der Nabelschnur —) welche den Tod des Kindes veranlaßten, aber ein solcher Grad von Fahrlässigkeit sich darstellt, der in dieser Gesetzstelle mit Strafe bedroht ist.

Hiernach wird der bereits in der mündlichen Verhandlung gestellte Antrag wiederholt:

zu erkennen, daß die Angeklagte schuldig, durch Fahrlässigkeit den Tod ihres neugebornen Kindes herbeigeführt zu haben, und daß dieselbe deshalb zu einjähriger Gefängnißstrafe zu verurtheilen."

Der Kriminal-Senat des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg erließ hierauf folgendes Urtheil:

„daß die Entscheidung des Königl. Kreisgerichts zu Siegen vom 24. Novbr. 1851 dahin abzuändern, daß die Angeklagte wegen Tödtung ihres neugebornen Kindes aus Fahrlässigkeit unter Verurtheilung in die Kosten beider Instanzen mit einer dreimonatlichen Gefängnißstrafe zu belegen sei.

V. R. W.

Gründe.

Die Dienstmagd Elise S. aus Sassenhausen, 28 Jahre alt, unverehelicht und ohne Vermögen, welche bei dem Forstdirector Jäger zu Laasphe im Dienste stand, ist in der Nacht vom 4. auf den 5. September v. J. in einem, im untern Stocke des Jäger'schen Hauses, und zwar tief und nach Norden gelegenen Kammer, worin sie allein schlief, von einem unehelichen Kinde weiblichen Geschlechts, ohne daß Jemand davon Kenntniß hatte, entbunden worden. Sie gibt an, mit dem Jakob J. den Beischlaf Anfangs Januar 1851 vollzogen zu haben, will aber, ob-

Digitized by Google

schon der Umfang ihres Leibes bedeutend zunahm, es nicht geahndet haben, schwanger zu sein, und nur in der allerletzten Zeit vor ihrer Niederkunft will sie ein Anderes vermuthet und deshalb den Vorsatz gefaßt haben, ein anderes Mädchen, Namens Sophie Spies, welche nach ihrem Geburtsorte Sassenhausen zurückkehren wollte, dahin zu begleiten, um ihren Zustand ihren Verwandten in Sassenhausen zu entdecken und den weiteren Erfolg abzuwarten. Am 4. September v. J., als sie sich zu Bette gelegt hatte, empfand sie bald so außerordentlich starke Leibesschmerzen, daß es ihr, wie sie sagt, unmöglich war, aufzustehen und Jemand zur Hülfsleistung herbeizurufen, da in dem unteren Stocke des Hauses, worin ihre Schlafkammer befindlich, außer dem kleinen Knaben des Forstdirectors Jäger des Nachts über Niemand sich befinde. Um 2 Uhr Nachts, wo das Thermometer fast bis zum Gefrierpunkte gefallen war, kam sie, ohne daß Jemand davon wußte, mit einem Kinde nieder. Nach Angabe der ꝛc. S. hat das Kind nach der Geburt noch einige Laute von sich gegeben; auch gibt sie an, daß sie das Kind in ein Taschentuch und eine Nachtjacke, welche vor ihrem Bette gelegen, eingewickelt und neben sich ins Bette gelegt habe, in der Absicht, den Vorgang am Morgen der Herrschaft zu entdecken. Später will sie aufgestanden sein und die Nabelschnur, welche sie noch mit dem Kinde verband, mit einer auf dem Tische liegenden Scheere durchschnitten, die Unterbindung aber, weil ihr von der Nothwendigkeit dieser Maaßregel gar nichts bekannt gewesen, dieserhalb unterlassen haben, wobei sie bemerkt, daß diese auch nicht besonders geblutet habe. Das Kind, welches sie wieder mit in das Bett nahm, ist, wie sie sagt, jetzt immer kälter geworden; sie will sich auch von dem erfolgten Ableben des Kindes überzeugt haben. Gegen 5 Uhr Morgens will sie das Kind, welches bisher bei ihr im Bette gelegen, nachdem sie sich davon überzeugt, daß es gar nicht mehr am Leben, in eine Schachtel gelegt, solche in ihren Kleiderkasten gesetzt und diesen verschlossen haben.

Gegen 5 Uhr Morgens hat die S., wie sie sagt, es ver-

Digitized by Google

sucht, zu ihrer gewöhnlichen Arbeit zu schreiten, sie hat sich aber gleich genöthigt gesehen, in das Bett zurückzukehren. Der Frau des Forstdirector Jäger, welche nach ihrer Angabe am 5. September gegen 6 Uhr Morgens in die Schlafstube der S. sich begeben hatte, so wie dem zufällig im Hause des ꝛc. Jäger anwesenden Dr. Eduard Groos, welcher an diesem Tage um 12 Uhr sich einfand, erklärte die S., daß sie wegen eines Brustleidens, welches ihr wahrscheinlich wegen des Tragens einer zu schweren Last überkommen, genöthigt sei, im Bette zu verbleiben. Erst am 6. Septbr. v. J. gegen 6 Uhr Abends, als der Dr. Groos sich nach der Ursache der auf dem Boden liegenden Blutflecken erkundigte, gestand sie die stattgefundene Niederkunft. Es wurde die Schachtel geöffnet; es lag hierin das Kind unangekleidet auf der Nachtjacke und dem Taschentuche.

Es ist demnächst zur Obduction der Leiche am 8. Septbr. v. J. geschritten, und sprachen der Kreisphysikus Dr. Groos und der Kreiswundarzt Cöster in dem Obductions-Protokolle vom 8. September v. J. sich dahin aus, daß die wesentliche Ursache des Todes in dem zu großen Gefäßreichthum des Gehirns um so mehr zu suchen sei, als keine gewaltthätige Einwirkung, welche den Tod hätte zur Folge haben können, aufzufinden gewesen sei. In dem später eingereichten Obductionsberichte ist dann weiter ausgeführt, es sei das Kind der S. lebensfähig, obgleich nicht vollkommen reif geboren worden, es habe gelebt und geathmet, aber nur kurze Zeit, es sei an Apoplexie gestorben, welche, was mit vieler Wahrscheinlichkeit zu behaupten sei, durch die Einwirkung der Kälte herbeigeführt sei. Dieser Meinung ist auch der Kreisphysikus Dr. Vollmer, während der Hofrath Eduard Groos behauptet, daß die Todesursache nicht in der Kälte, sondern in dem Nichtunterbinden der Nabelschnur zu suchen sei, beigetreten.

Die Staatsanwaltschaft hatte dieserhalb gegen die S. die Anklage erhoben, und es beantragt, dieselbe auf Grund des §. 184 des Strafgesetzbuchs wegen Tödtung ihres neugebornen Kindes aus Fahrlässigkeit mit einer einjährigen Gefängnißstrafe zu bele-

Digitized by Google

gen. Die Anklage soll dadurch motivirt werden, daß die S., obgleich sie nach ihrem eigenen Geständnisse von der Schwangerschaft Kenntniß gehabt, dennoch für ihre Niederkunft gar keine Vorkehrungen getroffen, vielmehr es gänzlich verabsäumt habe, auf den so höchst nothwendigen Beistand bei der Niederkunft Rücksicht zu nehmen, indem sie weder einer Hebamme, noch sonst einer Person im Jäger'schen Hause ihren schwangeren Zustand offenbart habe. Dabei habe es derselben nicht unbekannt sein können, daß die Einwirkung der Kälte, welcher sie das neugeborne und nackte Kind auf längere Dauer — während ihres Ganges aus dem Bette zum Zweck der Lostrennung der Nabelschnur — aussetzte, tödtlich auf das Kind wirken könne. Da dieselbe aber das Kind ohne Bekleidung dieser Kälte ausgesetzt habe, so sei eine strafbare Fahrlässigkeit, welche den Tod des Kindes herbeigeführt habe, anzunehmen.

Die Angeklagte, welche nach dem Zeugnisse der Ehegattin des Forstdirect. Jäger seit 5 Jahren bei dieser im Dienste war, hat sich immer sehr treu und redlich betragen. Auch der Bürgermeister Michelis zu Laasphe bescheinigt, daß ihr Ruf ganz unbescholten sei. Sie hält sich nicht für strafbar, weil sie von der zu frühen Niederkunft überrascht sein will, auch vorgehabt habe, den Dienst zu verlassen und sich nach Sassenhausen zu begeben, um dort ihren Verwandten ihren Zustand zu offenbaren. Der Dienstherrschaft und dem Arzt Dr. Groos hat sie, weil sie von Furcht und Scham befallen gewesen, sich nicht gleich entdecken wollen; sie hat geglaubt, im Laufe des Tages, am 5. Septbr. v. J. nach Sassenhausen zu ihrer Schwester gehen zu können, und wollte dann, wie sie sagt, den Leichnam des Kindes mitnehmen.

Das Kreisgericht zu Siegen erkannte hierauf am 24. November v. J. dahin, daß die Angeklagte des Vergehens der Tödtung eines neugebornen Kindes aus Fahrlässigkeit nicht schuldig sei, wogegen von der Staatsanwaltschaft rechtzeitig appellirt worden.

Digitized by Google

Die von dem Richter erster Instanz angeführten Gründe, worin er auszuführen sucht, daß eine Fahrlässigkeit nicht angenommen werden könne, möge man nun annehmen, daß die Kälte oder die Nichtunterbindung der Nabelschnur die Todesursache sei, hält die Staatsanwaltschaft nicht für richtig und behauptet, es könne ebenwenig der aufgestellten Ansicht beigepflichtet werden, daß bei der jetzigen Lage der Gesetzgebung und bei der behaupteten Unerfahrenheit der Angeklagten in Angelegenheiten dieser Art, bei ihrem Stande und ihrer Bildung, eine Fahrlässigkeit nicht zur Last gelegt werden könne. Im Gegentheil wird behauptet, daß, wenn auch das neue Strafgesetzbuch vom 14. April v. J. die früher bestandenen Vorschriften Th. II. Tit. 20 des A. L. R. §. 901 bis 913 wegen Entdeckung der Schwangerschaft und zur Verhütung des Kindermordes nicht wieder aufgenommen habe, hieraus keineswegs folge, daß jetzt eine geschängerte Frauensperson der sich von selbst verstehenden Pflicht überhoben sei, für ihre bevorstehende Niederkunft solche Vorkehrungen zu treffen, damit das Kind am Leben erhalten werde. Es ist sodann von der Staatsanwaltschaft mit Bezugnahme auf die bereits früher angeführten einzelnen Thatsachen angeführt worden, daß die Angeklagte eben dadurch, daß sie, der nahen Niederkunft bewußt, dennoch gar keine Vorkehrungen getroffen, sich einer großen Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe, die auch insbesondere darin liege, daß dieselbe durch das Aufstehen während der Nacht vom 4. auf den 5. Septbr. v. J. das neugeborne Kind der Kälte ausgesetzt, auch nicht einmal die Nabelschnur unterbunden habe.

Von dem Vertheidiger ist dagegen in zweiter Instanz mit Hinweisung auf das behauptete verschiedene Gutachten der Obducenten in dem Protokolle vom 8., und in dem Obductions-Berichte vom 17. Septbr. v. J. und auf das ganz abweichende Gutachten des Hofrath Dr. Eduard Groos behauptet worden, daß die eigentliche Todesart des Kindes, welches höchstens von 8 Monaten, folglich nicht ausgetragen gewesen, gar nicht feststehe, daß somit auch die Annahme der Staatsanwaltschaft, das Kind sei

Digitized by Google

wahrscheinlich durch die Kälte umgekommen, gar nicht wahrscheinlich gemacht sei, auch eine bloße Wahrscheinlichkeit dieser Todesart, worauf keineswegs ein Straferkenntniß basirt werden könne, hier um so weniger angenommen werden könne, da die Angeklagte, die von der Geburt überrascht, so gut, wie es in der Nacht nur möglich gewesen, das neu und zu früh geborne Kind mit Kleidungsstücken bedeckt und zu sich ins Bett genommen habe. Auch erst nach Verlauf mehrerer Stunden, wie sie sich von dem erfolgten Ableben des Kindes, welches nach dem Gutachten der Aerzte nur ganz kurze Zeit gelebt, überzeugt, habe sie den Leichnam in eine Schachtel gelegt.

Sodann ist es von dem Vertheiger besonders hervorgehoben worden, daß bei dem dermaligen Stande der Gesetzgebung, wo die früheren Vorschriften, wegen Entdeckung der Schwangerschaft nicht wieder in das Gesetzbuch aufgenommen, jetzt nur der wirkliche Kindermord strafbar, übrigens aber auch durch den ersten Richter es als thatsächlich feststehend angenommen worden, daß eine Fahrlässigkeit hier nicht vorliege.

Was die Beurtheilung des vorliegenden Falles betrifft, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß, wenn auch die früheren Vorschriften, welche die frühere Gesetzgebung bezüglich der Entdeckung der Schwangerschaft und zur Verhütung des Kindermordes enthielt, in das neue Strafgesetzbuch nicht aufgenommen sind, daraus gar nicht folgt, daß jetzt eine Geschwächte, welcher ihre nahe bevorstehende Niederkunft bekannt, jetzt gar keine Vorkehrungen zu treffen brauche, um einmal bei der Geburt die nöthige Hülfe zu haben, und sodann um das zur Welt zu bringende Kind am Leben zu erhalten. Es folgt dieses schon aus ihren allgemeinen Mutterpflichten, und ist es eine ganz unrichtige Behauptung, daß jetzt nur das Verbrechen des Kindermordes strafbar sei. Wenn die Pflichten von der Mutter durch positive Handlungen oder Unterlassungen nicht beachtet werden, so geschieht es entweder aus Vorsatz oder aus Fahrlässigkeit, und es müssen in jedem concreten Falle die besondern Umstände entscheiden, ob

Digitized by Google

das eine oder das andere vorhanden, oder ob gar kein strafbares Vergehen angenommen werden kann.

Daß hier aber eine Fahrlässigkeit Seitens der Angeklagten vorliege, läßt sich nicht bezweifeln. Denn dieselbe, welche nach dem Zeugnisse ihrer Dienstherrschaft, der Ehegattin des ꝛc. Jäger, erklärt hatte, daß das Gerücht ihrer Schwangerschaft unbegründet sei, war von dem Gegentheil vollständig überzeugt, da sie selbst, wie sie angibt, sich vorgenommen hatte, mit der Magd Sophia Spies nach Sassenhausen zu gehen, um dort ihre Niederkunft abzuwarten. Dieselbe hatte bis dahin auch gar keine Vorkehrungen getroffen, auch namentlich am 4. September v. J. Abends, als sie sich in ihre Schlafkammer zurückzog, sich mit nichts versehen. Es hat dieselbe auch in der Nacht vom 4. auf den 5. Septbr. v. J., als die Vorboten der Niederkunft sich einstellten, Niemand zur Hülfe herbeigerufen, wobei es auch nicht wahrscheinlich, daß ihr Zustand sich plötzlich in der Art verändert habe, daß sie hierzu unfähig gewesen. Nach erfolgter Niederkunft will sie das Kind in ein Taschentuch und eine Unterjacke eingewickelt und neben sich ins Bett gelegt haben, später aufgestanden sein, und mit einer auf dem Tische liegenden Scheere die Nabelschnur durchschnitten, aber nicht unterbunden haben, welches alles bei der damaligen Kälte, wo das Thermometer fast bis zum Gefrierpunkt gefallen war, für das Kind nur von den schädlichsten Folgen, die vorauszusehen waren, sein konnte, und auch wirklich gewesen ist. Denn nach dem Gutachten der Obducenten ist das Kind, welches, wenn auch nicht vollkommen reif, doch lebensfähig war, mit vieler Wahrscheinlichkeit, wie sie sagen, durch die Einwirkung der Kälte gestorben. Dieses Gutachten, wenn auch ein anderer Arzt eine andere Todesursache angegeben, verdient vollkommen Glauben, da es mit wissenschaftlichen Gründen unterstützt ist, die vorliegenden Thatsachen auch wohl damit übereinstimmen. Wäre selbst die von dem Dr. Groos angegebene Todesart, nämlich die Unterlassung der Unterbindung der Nabelschnur, was übrigens nicht anzunehmen, die richtige, dann würde auch selbst dann

Digitized by Google

der Angeklagten eine Fahrlässigkeit zur Last fallen, da sie ihrer nahe bevorstehenden Niederkunft sich bewußt war, und es somit auch ihre Pflicht war, sich mit den Verhaltungsmaaßregeln bekannt zu machen und für Hülfeleistung zu sorgen.

Auch der Umstand, daß die Obducenten nur mit vieler Wahrscheinlichkeit die Einwirkung der Kälte als die Todesursache angegeben haben, kann die Strafbarkeit nach Vorschrift des §. 133 der Criminal-Ordnung nicht ausschließen, da für diese Wahrscheinlichkeit in der Art überzeugende Gründe angeführt worden sind, daß ein bedeutender Grund für das Gegentheil nicht anzunehmen steht. Die Angeklagte hat deshalb die Strafe des §. 184 des Strafgesetzbuchs auf sich gezogen, welcher eine Strafe von 2 Monaten bis 2 Jahren festsetzt.

Dabei ist es nicht zu erkennen, daß der Angeklagten sehr erhebliche Milderungsgründe zur Seite stehen. Denn außer ihrem sehr guten Ruf muß ihre Unerfahrenheit und besonders der Umstand berücksichtigt werden, daß die Angeklagte, wie dieses selbst von der Staatsanwaltschaft angeführt worden, in der Nacht vom 4. auf den 5. Septbr. v. J. von der Geburt überrascht und von einem Kinde, welches, wenn auch lebensfähig, doch nicht reif war, entbunden worden ist. Dabei hat dieselbe nach dem Zeugnisse der Sophia Spies noch am 4. Septbr. v. J., also ganz kurz vor ihrer Niederkunft, dieser erklärt, daß sie den nächstfolgenden Sonntag mit ihr nach Sassenhausen gehen wollen, so daß ihre Aussage, sich wegen der bevorstehenden Niederkunft zu ihren Verwandten gehen zu können, ganz glaubwürdig erscheint.

Diese Milderungsgründe sind daher bei Abmessung der Strafe berücksichtigt worden, und ist demzufolge nach Vorschrift des §. 184 des Strafgesetzbuchs, welches für den Fall, daß durch Fahrlässigkeit der Tod eines Menschen herbeigeführt wird, eine Gefängnißstrafe von 2 Monaten bis 2 Jahren festsetzt, auf eine dreimonatliche Gefängnißstrafe erkannt worden.

Die Verurtheilung in die Kosten gründet sich dabei auf

Digitized by Google

die Vorschriften des §. 179 der Verordnung vom 3. Januar 1849, so daß überall, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

Hiergegen legt die Angeklagte die Nichtigkeitsbeschwerde ein; deren Vertheidiger führte aus:

Die Nichtigkeitsbeschwerde gründet sich auf die Verletzung des §. 198 des Strafgesetzbuchs, weil solcher auf einen Fall angewandt, wofür er nicht gegeben. Nach der Feststellung des ersten Richters stand bereits unwiderruflich, da sie nicht durch neue Beweise angefochten, (§. 126 der Verordn. v. 3. Jan. 1849) fest, daß der Tod des Kindes nicht durch die Fahrlässigkeit der Angeklagten herbeigeführt worden. Der Appellationsrichter hat diese Fahrlässigkeit nur künstlich aus den gesetzlich aufgehobenen Bestimmungen des alten Rechts über das Verbrechen der verheimlichten Schwangerschaft construirt, namentlich aus der unterlassenen Anzeige der Schwangerschaft an die Mutter und Dienstherrschaft. Da diese landrechtlichin Bestimmungen aber aufgehoben, davon abgesehen eine solche Verpflichtung, namentlich bis zum 8ten Monate, in dem die unerwartet frühe Niederkunft erfolgt, die Anzeige zu machen nicht existirt, so hat der Richter virtuell ein aufgehobenes Gesetz angewandt und in dessen Nichtbefolgung die Fahrlässigkeit gefunden, wegen deren die Angeklagte bestraft worden. Es ist dem natürlichen Gefühl der Schamhaftigkeit keine Rechnung getragen. Die Angeklagte mußte glauben, im achten Monate noch frühzeitig genug ihre Mutter unterrichten zu können und hat sich damit also in keiner Weise übereilen wollen.

Beantragt wird, das Appellations-Erkenntniß aufzuheben und das erstere herzustellen.

Nach erfolgter Beantwortung dieser Nichtigkeitsbeschwerde Seitens des Staatsanwalts erfolgte die Entscheidung des Königlichen Obertribunals in dem Erkenntnisse des 5ten Senats desselben vom 14. Juni 1852 dahin:

in Erwägung:

daß dem Appellationsrichter ein selbstständiges Urtheil da-

Digitized by Google

rüber gebührt, ob nach den, von dem ersten Richter festgestellten Thatsachen und den gegebenen Umständen ein Vergehen aus Fahrlässigkeit vorliegt, daß derselbe daher auch nicht der Vorschrift im §. 126 der Verordnung vom 3. Januar 1849 zuwider gehandelt, wenn er abweichend von dem ersten Richter festgestellt hat, daß die Angeklagte durch Fahrlässigkeit den Tod ihres neugeborenen Kindes herbeigeführt habe, daß der Appellationsrichter auch nicht, um zu dieser faktischen Feststellung zu gelangen, seinem Urtheil die aufgehobenen Bestimmungen des Allg. Land-Rechts Thl. 2 Tit. 20 §. 901 seq. zum Grunde gelegt, und dadurch angewandt, vielmehr die Aufhebung dieser Gesetze ausdrücklich anerkannt hat;

daß der als verletzt bezeichnete §. 198 des Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 der Entscheidung nicht zum Grunde liegt, der angewendete §. 184 l. c. aber auf das, von dem Appellationsrichter festgestellte und der Kritik des Nichtigkeits-Richters nicht unterliegende, rein thatsächliche Verhältniß paßt, mithin die Beschwerde unbegründet ist,

für Recht erkannt:

daß die, gegen das Erkenntniß des Criminal-Senats des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg vom 12. Februar 1852 eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen und der Angeklagten die Kosten des Rechtsmittels aufzulegen.

Von Rechts Wegen.

Digitized by Google

LXII.

Die Staatsanwaltschaft hat das Recht, auch im Interesse des Angeklagten Rechtsmittel einzulegen.

(— Artikel I des Gesetzes vom 3. Mai 1852 — am Ende — Gesetz-Sammlung Seite 209.)

Mitgetheilt

von

Herrn Staats-Anwalt **Hüttemann** in Siegen.

Die früher einigemal bestrittene Frage: ob der Staatsanwaltschaft das Recht zustehe, Rechtsmittel einzulegen, welche die Wahrung der Rechte des Angeklagten bezwecken, ist zwar nunmehr, nachdem das Königliche Obertribunal auf Grund und in weiterer Auslegung der §§. 6, 47, 126 der Verordnung vom 3. Januar 1849 dieselbe schon früher bejahend entschieden hatte, (cfr. Erkenntnisse vom 2. März 1850, resp. 9. März 1850 J. M. Bl. pro 1850 S. 122, 150) im formellen Wege der Gesetzgebung dahin erledigt, daß dies Recht im Art. I des Gesetzes vom 3. Mai 1852 — betreffend die Zusätze zu der Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen — der Staatsanwaltschaft ausdrücklich beigelegt worden ist; nichtsdestoweniger wird es nicht ohne Interesse sein, Kenntniß von einzelnen Fällen zu nehmen, welche dafür Bestätigung liefern, daß dieses Gesetz der Staatsanwaltschaft keine wei-

Digitized by Google

teren Rechte gegeben, oder keine weiteren Verpflichtungen auferlegt hat, als welche nach dem Wesen dieses Instituts zu deren eigentlichen Functionen gehörten, und daß diese gesetzliche Bestimmung nothwendig erschien, um dem obersten Grundsatze des Gesetzgebers, daß soviel als möglich das wahre Recht, und nicht allein Formelles zur Geltung gebracht werden soll, zu entsprechen. —

Als ein Beleg hierzu dient der nachstehend mitgetheilte Fall, in welchem eine der Angeklagten, welche aus Unkunde der Gesetze im eigenen Interesse nicht appellirt hatte, bei Unterlassung der Appellation Seitens des Staatsanwalts eine weit härtere Strafe wegen Diebstahls hätte erleiden müssen, als die Strafe war, welche ihr nach Lage der Sache wegen einfachen Holzdiebstahls hätte auferlegt werden können, und welche Strafe dann auch in zweiter Instanz in Folge des vom Staatsanwalte eingelegten Rechtsmittels unter Aufhebung des ersten Erkenntnisses wirklich ausgesprochen wurde. —

Gegen die Franziska H. und Elisabeth H., beide unverehlicht und ohne Gewerbe zu Holthausen wohnhaft, war wegen Diebstahls an geschlagenem Holze aus dem Walde auf Grund des §. 217 № 3 des Strafgesetzbuchs die Untersuchung eröffnet. Bei der Verhandlung der Sache vor der Gerichtsabtheilung gestanden beide Angeklagte ein, daß sie dergleichen Holz an sich genommen und sich rechtswidrig zugeeignet hätten; die Elisabeth H. behauptete zugleich, daß sie erblindet sei und deßhalb nicht erkannt habe, daß das von ihr entwendete Holz als geschlagenes, im Walde lagerndes Holz anzusehen sei.

Der Staatsanwalt beantragte gegen beide Angeklagte eine 14tägige Gefängnißstrafe, annehmend, daß auch die Mitangeklagte Elisabeth H. wohl im Stande gewesen, zu unterscheiden, daß das von ihr entwendete Holz zu solchem gehört habe, welches von dem Waldeigenthümer gefällt worden und bis zur Abfuhr im Walde

Digitized by Google

habe aufbewahrt bleiben sollen. Die erste Abtheilung des Königlichen Kreisgerichts zu Olpe erkannte jedoch:

1. daß die Angeklagte Franziska H. des Diebstahls an geschlagenem Holze aus dem Walde schuldig, und demgemäß mit einer 14tägigen Gefängnißstrafe zu belegen;
2. daß die Angeklagte Elisabeth H. des einfachen Diebstahls schuldig, und demgemäß mit einer Gefängnißstrafe von 8 Tagen zu belegen. —

In den Gründen heißt es:

„Durch die amtseidliche Aussage des Försters Voß wird als erwiesen angenommen, daß beide Angeklagten am 14. Dezbr. 1852 aus dem Forstdistrikte Jüberg jede einen Bund Buschholz weggeholt haben, und zwar zum Werthe von 2 Sgr. Ferner, daß dieses Holz bereits von den Eigenthümern abgestammt gewesen, welches überhaupt nur im dortigen Distrikte aus Buschholz bestanden habe. Beide Angeklagten haben die That eingestanden; die Franziska H. hat sich mit Armuth entschuldigt, ebenso die Elisabeth H.

Bei der Verhandlung hat sich herausgestellt, daß Letztere in einem solchen Grade erblindet sei, daß sie nur durch Leitung der Mitangeklagten in den Wald habe kommen können, und das Holz nur nach dem Gefühle aufgerafft habe.

Es steht hiernach der objective Thatbestand der Entwendung von geschlagenem Holze aus dem Walde fest, worauf der §. 217 № 3 eine Gefängnißstrafe nicht unter 3 Monaten festsetzt, jedoch beim Vorhandensein mildernder Umstände eine Herabsetzung der Strafe bis auf 14 Tage Gefängniß zuläßt.

Gegen die Franziska H. ist diese geringere Strafe beantragt und ausgesprochen, indem in dem geringen Werthe des entwendeten Holzes ein mildernder Umstand gefunden ist. Anders verhält es sich mit der Elisabeth H.; auch in Bezug auf dieselbe ist der objective Thatbestand erwiesen. Allein sie kann wegen ihrer Blindheit nicht unterscheiden, ob das Holz geschlagen oder durch Zufall abgebrochen oder umgeworfen sei, oder in Spänen

Digitized by Google

oder Abraum bestanden habe. Ist das Holz durch Zufall abgebrochen oder umgeworfen, oder besteht es in Spänen, Abraum oder Borke, so ist dessen Entwendung kein Diebstahl unter erschwerenden Umständen, die im §. 217 des Strafgesetzbuchs aufgeführt sind, sondern nur ein eigentlicher Holzdiebstahl, wofür besondere Gesetze, zuletzt das Gesetz vom 2. Juli 1852 eine weit geringere Strafe in einem einfachen Verfahren festsetzen. Es könnte daher scheinen, daß diese Strafe des Holzdiebstahls anzuwenden wäre, denn daß die Strafe des erschwerenden Umstandes beim Diebstahl für sie keine Anwendung finden kann, weil sie nicht fähig ist, den erschwerenden Umstand zu erkennen, ist für sich klar. Ebensowenig kann sie wegen Theilnahme an dem Vergehen der H. beschuldigt werden, da jede der Angeklagten ein Bündel Holz für sich entwendet hat.

Es kann aber die Strafe des einfachen Holzdiebstahls nach §. 1 des Gesetzes vom 2. Juni 1852 nicht angewandt werden, weil es objectiv feststeht, daß geschlagenes Holz entwendet worden, wofür dieses Gesetz nicht gilt. Es ist somit die Elisabeth H. nur des einfachen Diebstahls schuldig ohne erschwerende Umstände, daher der §. 216 des Strafgesetzbuchs Anwendung findet, wonach bei mildernden Umständen eine Gefängnißstrafe von 1 Woche zulässig ist, welche hier auszusprechen war, weil auch hier ein mildernder Umstand in dem geringen Werthe des Holzes liegt."

Gegen das am 15. April 1853 erlassene und publizirte Erkenntniß legte der Staatsanwalt im Interesse der Elisabeth H. sofort die Appellations ein, und führte zu deren Rechtfertigung in der am 4. u. 7. Mai eingereichten Schrift wörtlich aus:

„Im Erkenntnisse erster Instanz ist thatsächlich festgestellt, daß die Mitangeklagte Elisabeth H. blind sei, und das im Walde liegende Buschholz, welches sie nach ihrem eigenen Geständnisse weggenommen hat, um sich dasselbe rechtswidrig zuzueignen, nicht für geschlagenes Holz erkannt habe, daß vielmehr anzunehmen

Digitized by Google

sei, daß dieselbe geglaubt, daß das Holz durch Zufall abgebrochen sei.

Nach diesen thatsächlichen Feststellungen erscheint mit Unrecht gegen die Elisabeth H. der §. 216 des Strafgesetzbuchs zur Anwendung gebracht, indem dieselbe hiernach nur auf Grund des Holzdiebstahlgesetzes vom 2. Juni 1852 bestraft werden konnte.

Der Diebstahl von Holz aus dem Walde ist entweder nach dem Holzdiebstahlgesetze vom 2. Juni 1852, oder nach dem §. 217 Nr. 3 des Strafgesetzbuchs zu bestrafen; andere Strafbestimmungen für diesen Diebstahl sind nicht vorhanden. Wenn daher die Angeklagte Elisabeth H. nicht wegen Diebstahl am geschlagenen Holze nach §. 217 Nr. 3 des Strafgesetzbuchs zu bestrafen war, so konnte nur die im Gesetze vom 2. Juni 1852 §. 3 angeordnete Strafe, nicht aber diejenige des §. 216 des Strafgesetzbuchs, erkannt werden.

Es folgt dies übrigens auch aus der Bestimmung des §. 44 des Strafgesetzbuchs, wonach solche besondere dem Thäter unbekannt gebliebene Umstände, welche die Strafbarkeit einer Handlung erhöhen, ihm als erschwerende Umstände nicht zugerechnet werden sollen. Wenn daher die Angeklagte Elisabeth H. in Folge ihrer Blindheit nicht unterscheiden konnte, daß das entwendete Holz geschlagen war, so kann dasselbe auch als solches bei Abmessung der Strafe nicht in Betracht kommen, sondern nur als durch Zufall abgebrochenes Holz, oder als Abraum nach §. 1 des Gesetzes vom 2. Juni 1852 angesehen werden. Eine andere Alternative ist gesetzlich nicht denkbar. Der erste Richter hat deshalb, indem er den Umstand, daß das fragliche Holz doch eigentlich geschlagenes Holz war, überhaupt in Betracht zieht und demzufolge den §. 216 des Strafgesetzbuchs anwendet, gegen die angeführte Vorschrift des §. 44 des Strafgesetzbuchs verstoßen, weil die Strafe des §. 216 ibid. eine höhere, als diejenige des Holzdiebstahlgesetzes ist.

Es wird hiernach darauf angetragen:

das Erkenntniß vom 13. April cur. in Betreff der Elisa-

Digitized by Google

beth H. aufzuheben und gegen dieselbe nach §. 3 des Holzdiebstahlgesetzes vom 2. Juni 1852 zu erkennen. —"

Die Elisabeth H. trat nunmehr, nachdem ihr die Appellationsschrift nach Maaßgabe des §. 130 der Verordnung vom 3. Jan. 1849 bekannt gemacht war, in ihrer protokollarischen Erklärung vom 23. Mai dem Antrage des Staatsanwalts bei, und hatte neue Thatsachen oder Beweismittel nicht anzuführen. Das Appellationsgericht zu Arnsberg erkannte unterm 23. Juni 1853 dahin:

daß die Entscheidung des Königl. Kreisgerichts zu Olpe vom 13. April 1853 dahin abzuändern:

daß die Elisabeth H.

a. zum Ersatze des entwendeten Holzes ad 2 Sgr,

b. zum einfachen Betrage desselben als Strafe ad 10 Sgr., im Falle des Unvermögens in eine Strafe von einem Tage Gefängniß oder gleiche Forstarbeit zu verurtheilen unter Zurlastsetzung der Kosten.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Franziska H. und die Elisabeth H. zu Holthausen sind angeklagt, am 14. Dezbr. v. J. von dem im Forstdistrict Jüberg und dem Antheile des Hense genannt Rath in Holthausen abgestammten und im Walde liegenden Buschholze jede ein Bund von 2 Sgr. an Werth entwendet zu haben, und es ist gegen sie auf Grund des §. 217 des Strafgesetzbuchs die Untersuchung eröffnet. Beide sind der That geständig und die Franziska H. ist durch Erkenntniß der ersten Abtheil. des Königl. Kreisgerichts zu Olpe nach §. 217 zu einer vierzehntägigen Gefängnißstrafe verurtheilt; die Elisabeth H., welche erblindet ist, nach §. 216 nur zu einer achttägigen Gefängnißstrafe, weil sie wegen Blindheit nicht habe unterscheiden können, ob das Holz geschlagen, oder durch Zufall abgebrochen oder umgeworfen sei, oder in Spänen oder Abraum bestanden habe.

Digitized by Google

Der Richter hat aber demungeachtet das Holzdiebstahlgesetz vom 2. Juni 1852 nicht für anwendbar auf die von der Elisabeth H. verübte Entwendung gehalten, weil feststehe, daß das Holz geschlagenes Holz sei und nur die erschwerenden Umstände wegen der Blindheit der Angeklagten wegfielen.

Der Staatsanwalt findet diese Ansicht nicht richtig und hat daher gegen die in Betreff der Elisabeth H. erlassene Entscheidung appellirt. Sein Antrag geht dahin, das gegen dieselbe erlassene Erkenntniß aufzuheben und gegen dieselbe nach §. 3 des Holzdiebstahlgesetzes vom 2. Juni 1852 zu erkennen.

Die Angeklagte hat bei ihrer gerichtlichen Vernehmung in Betreff der Appellation diesem Antrage beigestimmt.

Dieser Antrag des Staatsanwalts entspricht auch der Natur der Sache; denn nach §. 44 des Strafgesetzbuchs können der Angeklagten wegen ihrer Blindheit die erschwerenden Umstände des von ihr begangenen Holzdiebstahls nicht zugerechnet werden, weil sie nicht unterscheiden konnte, ob das Holz geschlagen oder abgebrochen oder umgeworfen sei; dann konnte sie aber auch nur wegen gewöhnlichen Holzdiebstahls bestraft werden. Folglich war die Angeklagte nach §. 3 des Gesetzes vom 2. Juni 1852 mit dem vierfachen Betrage des entwendeten Holzes, jedoch mit einer nicht unter 10 Sgr. betragenden Geldbuße zu bestrafen, und nach §. 12 mußte auch die substituirte Forstarbeit oder Gefängnißstrafe mindestens auf einen Tag bestimmt werden.

Hiernach war das erste Erkenntniß abzuändern; der Angeklagten fallen aber nach §. 178, 179 der Verordn. vom 3. Januar 1849 die Kosten dieser Instanz zur Last.

Digitized by Google

LXIII.

Die Beamten-Collegien (insbesondere die Schöffengerichte des Ostrheins) auf dem Gebiete des Privatrechts.

Mitgetheilt
von
Herrn Justizrath **Reinhard** in Ehrenbreitstein.

I.

Die Frage, ob ein Beamten-Collegium qua tale die persona standi in judicio habe, ob es activ und passiv vor Gericht in die Schranken treten könne, ist nach einer richtigen Auffassung wohl weder schlechthin zu bejahen, noch zu verneinen. Mit Unterscheidung und beziehungsweise wird theils das Eine, theils das Andere geschehen müssen.

Es ist hierbei zuvörderst ins Auge zu fassen, daß ein solches Collegium nichts weniger als eine vollständige juristische Persönlichkeit hat, und daß es keineswegs den Corporationen gleichgestellt werden kann, welche auf dem Gebiete des Privatrechts nahezu fast ebenso handlungsfähig sind, wie die persona naturalis. Es ist von vorneherein eine große Irrung,

— sagt Sintenis Civilrecht Bd. 1 S. 126 —

„solche Collegien den mit voller juristischer Persönlichkeit begabten gleichzusetzen."

Die Persönlichkeit der Beamten-Collegien hat ihre Haupt-

Digitized by Google

sächlichste Bedeutung in dem öffentlichen Recht, und ist mehr oder minder überwiegend, oder gar ausschließlich nur für publicistische Beziehungen maaßgebend.

In diesem Sinne ist denn auch die

L. 25 D. ad munic. (50, 1.)

aufzufassen, wenn sie sagt:

Magistratus municipales, cum unum Magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent, et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur: verum etsi non sit elatum, dum modo non denegetur, moribus competit.

Gar nicht auf das Gebiet des Privatrechts gehört, z. B. die Persönlichkeit der Richter-Collegien, welche reine Spruchbehörden sind.

Es läßt sich nicht absehen, wie diese activ oder passiv vor Gericht würden auftreten können. *)

Dagegen streift auf das Gebiet des Privatrechts die juristische Persönlichkeit derjenigen Collegien hinüber, welche zugleich verwaltende Behörden sind.

Es leuchtet ohne Weiteres ein, daß hier die Möglichkeit, als Collegien handeln zu können, eine dringend wünschenswerthe, daß sie ein wahres Bedürfniß sei, jedoch nur insofern, als es sich darum handelt, die unter collegialischer Verwaltung befindliche Masse auch collegialisch vertreten zu dürfen; und insoweit dürfte wohl auch für Schöffengerichte eine juristische Persönlichkeit auf dem Bereiche des Privat-Rechts anzusprechen sein. Die Praxis soll denn auch hiermit übereinstimmen, insofern es, wie ein Urtheil des Königl. Justiz-Senats vom 15. Juni 1847 in Sachen der Erben Heinrich Caspar, gegen das Königl. Schöffen-

*) Vergl. von Savigny System des Röm. Rechts Bd. 2 S. 237. Siehe aber auch die sehr beachtenswerthe Bemerkungen von Sintenis, Civilrecht Bd. 1 S. 109 Note 19.

Digitized by Google

gericht zu Vallendar bei Erörterung der Passiv-Legitimation bezeugt,

„in der Notarität beruht, daß die Schöffengerichte häufig auch als Kläger auftreten."

Daraus darf aber nach unserem Erachten noch keineswegs der Schluß gezogen werden, daß ein Beamten-Collegium und namentlich ein Schöffengericht sogar passiv in eigenen Namen oder zur Sache legitimirt sein könnte.

Rechtsgeschäfte hat auch eine verwaltende oder Voluntairgerichts-Behörde in eigenem Namen nicht abzuschließen. Wo es aber in fremdem Namen geschieht, da haften, so weit sie zum Abschlusse befugt war, die betreffende Person oder Vermögensmasse.

Aus unbefugten oder gar unerlaubten Handlungen steht aber hier wie anderwärts der Regreß nur gegen die einzelnen Dammificanten zu.

Wie wenig es auch anders, wie wenig namentlich die Passiv-Legitimation eines solchen Collegii zur Sache begründet sein könne, wird sofort einleuchtend, wenn man sich nur die Consequenzen in der Executions-Instanz vergegenwärtigen will.

Was ein solches Collegium besitzt, sind in der Regel einige Utensilien behufs Ausübung seiner Amtsverrichtungen, also zu öffentlichen Zwecken bestimmt und meist sogar nur vom Staate zu jenem Behufe und nicht einmal als Eigenthum überantwortet. Wie sollte nun eine Verurtheilung des Collegiums vollstreckt werden? — und geschähe es gegen die Einzelnen, so wäre dieses eine crasse Inconsequenz und ein schreiendes Unrecht, weil das Individuum und sein Besitz mit der verurtheilten Genossenschaft gar nichts zu schaffen hat.

Wir können uns hiernach auch keineswegs durchweg damit einverstanden erklären, wenn der Königl. Justiz-Senat in der ergangenen Entscheidung bemerkt, es könne

„keinem Bedenken unterliegen, daß das Schöffengericht als eine moralische Person, d. h. als eine vom Staate aner-

Digitized by Google

kannte Mehrheit von Personen, welche das Recht hat, als collective Einheit zu handeln, anzusehen sei und daß das Schöffengericht daher auch als solches überhaupt belangt werden könne;"

es bedarf vielmehr für diese viel zu allgemein gehaltene Folgerung nach unserer Meinung einer sehr wesentlichen und weitreichenden Restriction.

II.

Nimmt man aber auch mit dem Königl. Justiz-Senate an, daß selbst außer den Fällen der Repräsentation einer fremden Vermögensmasse ein gerichtliches Auftreten von Collegien und namentlich der Schöffengerichte sowohl activ als passiv möglich sei, so ist doch so viel außer Zweifel, daß eine Behörde

a. überhaupt als solche nicht auf Schaden-Ersatz belangt werden könne, und noch weniger

b. ein ganz anders zusammengesetztes Collegium für die angebliche Verschuldung seiner Amtsvorgänger in Anspruch zu nehmen sei.

Der Königl. Justiz-Senat stimmt auch hiermit vollständig überein, wenn er in der angeführten Prozeßsache den Einwand, das Schöffengericht bestehe

„jetzt größtentheils aus Mitgliedern, welche erst in jüngster Zeit zu ihrem Amte gekommen," — —

soweit es sich — nur — von einer Verpflichtung zur Rechnungslegung, und nicht von einer Regreßverbindlichkeit einzelner Mitglieder handelt, für unbegründet erklärt hat.

Um zu den einschlägigen Gesetzen überzugehen, so werden in der

L. 1 §. 13 D. de magistr. conveniendis (27, 8)

unter „Magistratibus" zuverlässig nur die einzelnen Personen verstanden, wie schon aus §. 17 eod.

„Si filius familias fuit magistratus"

auf das Unwiderleglichste hervorgeht.

(Vergl. auch L. 11 D. de probationibus)

Digitized by Google

Von der

L. 1 §. 9 D. 27, 8

gilt aber gewiß recht evident daſſelbe, wenn ſie beſagt:

— arbitror conveniendum eum, qui hoc suscepit; deinde excussis facultatibus ejus, tunc veniendum ad collegam.

Es ſpricht aber auch nur ſcheinbar gegen unſere Anſicht, wenn in

L. 11 D. ad municipal,

von einem „periculum,“ quod „collegio adscribatur“ die Rede iſt. Denn auch hier wird nicht blos zunächſt an den einzelnen Schuldigen verwieſen:

„si ab ipso, qui gessit, res servari nequeat,“

ſondern es ergibt ſich auch bei näherer Betrachtung ganz unverkennbar, daß unter dem „Collegium“ doch nur die Einzelnen verſtanden ſind, und das periculum dieſen zugewieſen iſt, mit den Worte:

Magistratuum officium et periculum est commune.

Während es aber ebenſo unerwieſen, als unerweislich iſt, daß Collegien und insbeſondere Schöffengerichte als ſolche auf Schadenerſatz belangt werden können,*) iſt es vollends zu B. ſchon a priori undenkbar, daß ein ganz anders zuſammengeſetztes Collegium für das angebliche Verſchulden der Amts-Anteceſſoren in Anſpruch genommen werden dürfe. Denn wenn auch, wie es bei dem Dichter heißt:

Quidquid peccarunt reges, plectuntur Achivi,

ſo iſt es doch ein feſtſtehender Rechtsſatz, „ut noxa tantum caput sequatur“ **), daß jeder ſein eigenes Verſchulden und nur dieſes zu büßen und zu entgelten habe,

L. 9 §. 9 de administr. rer. ad livpert. (50, 8)

*) Vergl auch noch v. Savigny a. a. O. B. 3 S. 317.

**) Vergl. die ganze Stelle bei v. Savigny a. a. O. S. 321. Siehe insbeſondere auch Thibaut Pand. §. 134 bei Note X. (8te Ausg.)

Digitized by Google

und nur bei den Erben kann es in Frage kommen, ob das Verschulden des Erblassers hinsichtlich des Schadenersatzes als eine Erbsünde auf sie übergehe.

Der Satz von der kollegialischen Erbsünde bei vertretbaren Handlungen einzelner oder aller Mitglieder eines Collegiums muß als eine Ketzerei in der Jurisprudenz, als schlechthin und in jeder Beziehung unhaltbar bezeichnet und kann namentlich auch aus der interessanten

L. 76 de judic. (5, 1) *)

nicht begründet werden. Nirgendwo findet derselbe Halt und Boden und namentlich nicht, worauf es doch ankäme, in den Gesetzen.

Wohl aber hat die entgegengesetzte Ansicht, wenn sie einer solchen bedürfte, noch eine unläugbare Stütze in L. 23 C. de decurionibus (10, 31), welche auch

Hommel Rhapsod. 601

als Beleg anführt, daß

„in antiquis delictis collegii non successores in collegio, sed heredes delinquentium conveniantur.“

Nachschrift. Die vorstehende Erörterung ist im Wesentlichen aus einer für die Praxis bestimmten Arbeit entnommen und wird vielleicht, so unvollkommen wie sie ist, dennoch nicht ganz unwillkommen sein. Zu den bereits angeführten Autoritäten füge ich mit Rücksicht auf das praktische Bedürfniß ganz besonders noch v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts II, 2 S. 1005 — 1010 (namentlich S. 1009 u. ff.) —

*) Vergl. v. Savigny a. a. O. S. 237, 238; auch Böcking, Institutionen Bd. I S. 294 Note 9.

Digitized by Google

LXIV.

Der Gläubiger-Ausschuß ist nach Würtemberg'schen Gesetzen nicht befugt, auf Ansprüche der Konkurs-Masse zum Vortheil des Cridars zu verzichten.

Rechtsfall
mitgetheilt von
Sommer.

Obigen Grundsatz stellte das Appellationsgericht Arnsberg am 23. September 1852 durch Reformation des Erkenntnisses des Kreisgerichts Hechingen vom 9. März 1852 fest.

Gründe.

Während über die Klage, welche mehrere Rechnungsposten in der von dem Verklagten für den Kläger gestellten Pflegrechnung betraf, verhandelt wurde, war der Kläger in Gant gerathen, und nachdem der Verklagte in Folge dessen wegen der Aktivlegitimation Anstand erhoben hatte, ward eine Erklärung des betreffenden Gläubigerausschusses zu den Akten gebracht, des Inhalts:

der Gläubigerausschuß steht vor, daß die Prozeßsache zwischen Conrad Saile und dessen Pfleger Stengel eine lang-

Digitized by Google

wierige Sache werde, und will nun die Sache dem Conrad Saile überlassen.

(folgen 3 Unterschriften)

Das Gericht erster Instanz nahm die Aktivlegitimation des Klägers hierdurch als bereinigt an, und erkannte in der Hauptsache.

Dieser Ansicht kann aber nicht beigepflichtet werden. Denn nicht nur steht dem Gläubigerausschusse nach den Grundsätzen des gemeinen Konkursprozesses ohne spezielle Bevollmächtigung von Seiten der Konkursgläubiger keine Befugniß zu, auf Theile der Konkursmasse zu verzichten, sondern es ist auch diese Befugniß durch die angeführten Würtembergischen Partikulargesetze nicht dargethan. Wenn nämlich auch nach §. 33. der Justiznovelle der Gläubigerausschuß die Gesammtheit der Gläubiger in solchen Fällen zu vertreten hat, in welchen das Oberamtsgericht mit demselben über Verwaltungsmaaßregeln, namentlich über Veräußerung der Masse Rücksprache zu nehmen verbunden ist, so geht doch aus eben dieser Bestimmung hervor, daß damit die möglichst vortheilhafte Verwaltung resp. Veräusserung der Masse beabsichtigt ist. Hierin kann aber keineswegs die Befugniß gefunden werden, auf einen beträchtlichen Theil des Masse-Vermögens zu Gunsten des Kridars zu verzichten. Ein solcher Verzicht gehört sicherlich nicht zu den Verwaltungsverfügungen, von welcher obige Verfügung spricht.

Wenn ferner der §. 183 des IV. Edikts ausspricht, daß das Rechtsverhältniß des Ausschusses zur Gesammtheit der Gläubiger nach den bestehenden Grundsätzen über den Mandatskontrakt zu beurtheilen sei, so kommt zu erwägen, daß auch der Mandatar ohne Spezialvollmacht nicht berechtigt ist, auf die Ansprüche des Mandanten zu verzichten. Eine Spezialvollmacht liegt aber hier nicht vor, ist auch wohl nicht ertheilt worden, sonst würde sich nicht blos auf die allgemeinen Bestimmungen der Gesetze berufen worden sein. Die Erklärung des Gläubigerausschusses kann also für die Konkursgläubiger des Klägers als verbindend nicht

Digitized by Google

betrachtet werden, und wenn letzterer auch nach richtiger Theorie noch als Eigenthümer der zur Konkursmasse gehörigen Vermögenstheile erscheint, so steht ihm doch keine Depositionsbefugniß, daher auch die Rechtsverfolgung nicht mehr zu, sondern diese ist mit jener auf die Gesammtheit der Gläubiger übergegangen.

Der nunmehrige Kridar ist daher zur Durchführung der Klage nicht legitimirt, und es mußte diese, ohne auf das Materielle des Streites einzugehen, aus dem formellen Grunde der mangelnden Aktivlegitimation, wie geschehen, abgeändert werden.

LXV.

1. Nach gemeinem Rechte ist es nicht verboten, unmittelbar auf die Gränze an das Gebäude des Nachbars zu bauen, selbst dann nicht, wenn das nachbarliche Gebäude ein öffentliches ist.

Conf. L. 9, 12, 13 Cod. de aedif. priv VIII, 10 L. 14 Dig. de serv. pr. urb VIII 2.

2. Kann der Königliche Justizfiscus sich in Civilprozessen durch die Staatsanwaltschaft vertreten lassen?

Rechtsfall und Erörterung

von

Herrn Rechtsanwalt **Tilmann** zu Wetzlar.

Nachdem die Bundeskommission zur Vertheilung der vom ehemaligen Reichskammergerichte zu Wetzlar hinterlassenen Acten

Digitized by Google

unter die einzelnen deutschen Bundesstaaten*) im Anfange des Jahres 1852 ihre Geschäfte beendigt hatte, wurde das Reichskammergerichtsarchivgebäude dem Königlichen Justizfiskus zur Einrichtung eines Gerichtslokals überwiesen. Kurz vorher hatte der Eigenthümer eines an die südwestliche Giebelseite dieses Gebäudes gränzenden Gartens in diesem zwei Gebäude errichtet, welche unmittelbar an der Giebelwand des Archivs standen und mit demselben sogar durch Mörtel theilweise verbunden waren, so daß dieselbe großen Theils dadurch völlig verdeckt und es unmöglich wurde, ein zur baulichen Einrichtung des Archivs zum Gerichtsgebäude erforderliches Fenster in der Giebelwand anzubringen. Des Justizministers Excellenz beauftragte den Oberstaatsanwalt des Departements Ehrenbreitstein, dieserhalb im Namen des Königlichen Fiscus Klage einzulegen. Dieser ließ durch den Staatsanwalt zu Wetzlar den Prozeß erheben.

Die Klage forderte zunächst auf Grund der lex 12 und 13 Cod. de aedif. priv., daß die Gebäude des Nachbars 12 Fuß, eventuell auf Grund der altrömischen Vorschriften über den ambitus, daß sie wenigstens 5 Fuß (das legitimum spatium betrug für jedes Haus 2½ Fuß, so daß zwei Nachbarhäuser 5 Fuß Zwischenraum hatten) von der Giebelwand des Archivs zurückgesetzt würden.

Das Königliche Kreisgericht zu Wetzlar verurtheilte den Verklagten, seine Gebäude 12 Fuß von dem Archiv zu entfernen, weil es annahm, daß die dieses bestimmende lex 12 C. c., obgleich selbst eine unglossirte lex restituta, doch durch die glossirte

---

*) Es sind in Wetzlar unter der Direction des Königlichen Staatsanwalts verblieben

1. die auf den preußischen Staat bezüglichen Akten;
2. der sogenannte untrennbare Theil des Reichskammergerichtsarchivs, worunter z. B. die Sitzungsprotokolle, Relationen, die Akten früherer deutscher Staaten, solche Acten, deren Eigenthum ungewiß war u. s. w.

Digitized by Google

lex 13 eodem wiederholt eingeschärft und dadurch als in Deutschland recizirt anzusehen sei.

Der Königliche Justizsenat zu Ehrenbreitstein änderte jedoch dieses Urtheil und erkannte auf Abweisung der Klage. Die Gründe gehen im Wesentlichen dahin, daß nach Ansicht der meisten Rechtslehrer die l. 12 Cod. cit. nicht als gültiges Gesetz für Deutschland betrachtet werden könne, daß auch die in II. Instanz vom Kläger noch angerufene lex 9 Cod de aedif. pr., worin bestimmt wird, es sollten zwischen Privat- und öffentlichen Gebäuden Zwischenräume von 15 Fuß frei bleiben, die Klage nicht rechtfertige, weil diese ein dem römischen Polizeirechte angehöriges, deshalb nicht recizirtes Gesetz sei, — daß ferner die lex 14 Dig. de serv pr. urb. ebenfalls nichts entscheide, weil sie von einem legitimum spatium spreche, ohne dessen Größe zu bestimmen, daß endlich aber auch die in Wetzlar geltende Churfürstlich Mainzische Bauamtsordnung vorschreibe, daß bei neu errichteten Gebäuden alle Zwischenräume wegfallen sollten.

Die vom Königlichen Fiscus eingelegte Revisionsbeschwerde wurde am 24. Mai 1853 verworfen. Die Gründe des Königlichen Obertribunals lauten wörtlich:

Der gegen die Zulässigkeit der Einführungsschrift des Rechtsmittels erhobene Einwand, daß der Unterzeichner, Oberstaatsanwalt N. weder zu den bei hiesiger Stelle angestellten Rechtsanwalten gehöre

§. 58 Nr. 3 der Verordnung vom 21. Juli 1849.

noch auch vermöge seiner amtlichen Stellung als Oberstaatsanwalt zur Wahrnehmung der Civilgerechtsame des Fiskus berechtigt sei, kann für begründet nicht erachtet werden. Denn derselbe hat dabei vermöge der Autorisation für das Justizministerium gehandelt, welches als die berechtigte Behörde (§. 51 a. a. O.) zur Anfertigung der Prozeßschriften ohne Vermittelung eines Rechtsanwalts befugt war.

Das Rechtsmittel ist ferner, soweit es die Hauptsache betrifft, zulässig, da der Gegenstand der Beschwerde und die Ver-

Digitized by Google

schiedenheit der beiden ersten Urtheile das ganze Streitobject betrifft, welches Verklagter selbst auf 510 Thaler geschätzt hat und das jedenfalls unbestimmten Werthes ist.

In der Sache selbst muß man der Ansicht des Appellationsrichters beipflichten, daß die Gesetze des römischen Rechts, nicht blos die überdies nicht glossirte l. 12 C. de aedif. priv. und die unbestimmte lex 14 D. de serv. pr. urb., sondern auch die wirklich glossirte l. 9 C. tit. cit. in casu als gültig und anwendbar nicht angesehen werden können; denn sie enthalten sämmtlich nur polizeiliche, auf die Sitten der Länder, für welche sie erlassen, bezügliche Vorschriften, welche in die ganz abweichenden baupolizeilichen Verhältnisse Deutschlands nicht eingreifen können. Auf die Ansichten der juristischen Schriftsteller, welche Revident geltend macht, kann es hierbei in keiner Weise ankommen. Denn wenn auch einzelne derselben die betreffenden Bestimmungen in ihren Lehrbüchern ohne weitere Bemerkung anführen, wenn Andere die Ansicht äußern, daß man ihnen die Anwendbarkeit zugestehen solle, so weit sie nicht unsern nationalen Baugewohnheiten entgegenstehen, so sind dies eben nur Ansichten, denen wieder die andern Schriftsteller, welche die Unanwendbarkeit dieser Gesetze geradehin aussprechen, entgegengesetzt werden können. Jedenfalls aber sind diese Gesetze in Wetzlar durch die daselbst eingeführte Mainzer Bauamtsordnung unanwendbar geworden. Denn wenn auch die im Titel VII §. 37 derselben gegebene Vorschrift zunächst nur gegen die Winkel d. i. gegen enge und dadurch unreinliche Zwischenräume zwischen den Häusern gerichtet ist und die Gefahr der Unreinlichkeit, wie Revident einwendet, bei einem Zwischenraum von 12 Fuß Breite, wie er ihn verlangt, nicht herbeigeführt wird, so geht doch aus gedachter gesetzlicher Bestimmung hervor, daß ein unmittelbares Aneinanderstoßen der Häuser nicht bloß geduldet, sondern sogar von dem Gesetzgeber gewünscht wird, wodurch denn die rechtliche Verpflichtung, einen Zwischenraum zu lassen, implicite aufgehoben ist.

Man kann auch nicht behaupten, daß dieser Grund der

Digitized by Google

l. 9 C. cit., weil sie eine lex specialis, ein besonderes Privilegium der öffentlichen Gebäude sei, nicht entgegenstehe. Denn immerhin schließt sich diese spezielle Bestimmung an die allgemeine an, modifizirt nur zu Gunsten öffentlicher Gebäude die allgemeine Anordnung von Zwischenräumen und kann daher, wenn diese fortfällt, nicht für bestehend erachtet werden.

Auch die subsidiarischen Argumente*) des Revidenten können nicht für begründet gehalten werden, denn

1. kann es auf die aus der servitus stillicidii hergeleiteten Ansprüche auf Entfernung des klägerischen Anbaues theils aus dem Grunde, weil die Geltendmachung dieser Servitut nicht Gegenstand der Revision sein kann, theils deshalb nicht ankommen, weil durch die Ueberbauung des Gesimses durch den Revisen, der durch den Tropfenfall zu erreichende Vortheil dem Revidenten nicht entzogen wird. L. 20 §. 6 D. de serv. praed. urb.

2. Ist der behauptete Eigenthumsanspruch auf eine dem Tropfenfall entsprechende Breite des dem Revisen gehörigen Gartens durch nichts erwiesen, zumal da der Tropfenfall nicht einmal auf der ganzen Breite, sondern nur auf den kleinen Strecken, wo das Gesims auf die Giebelwand herübergeführt ist, stattgefunden hat.

3. Die l. 8 §. 5 D. si serv. vind. gibt allerdings dem Eigenthümer das Recht, seinem Nachbar zu untersagen, daß er nicht in sein Eigenthum übergreife (non quid — immitti liceat). Allein theils hat Kläger nicht einmal behauptet, daß dieses geschehen sei, sondern nur, daß Verklagter sein Gebäude unmittelbar

*) An der Giebelwand befanden sich oben in der Sohle des Daches zu beiden Seiten Gesimsvorsprünge, auf denen Schiefersteine lagen. Einen von diesen Gesimsvorsprüngen hatte der Verklagte vollständig zugebaut, in sein Gebäude aufgenommen. Auf Grund dieser Vorsprünge und des davon stattfindenden Tropfenfalls hatte der Königliche Fiskus eventuelle Fundamente für seinen Anspruch geltend gemacht.

Digitized by Google

an das Archivgebäude und dessen Fortsetzungsmauer angelehnt, an manchen Stellen mit demselben durch Mörtel verbunden und das vorspringende Gesimse überbaut habe, worin überall ein Eindringen (immittere) in das klägerische Gebäude nicht gefunden werden kann. Theils aber würde eine solche Rechtsverletzung ein ganz anderes Klagfundament bilden, nicht den Antrag auf Zurückziehen der vom Verklagten errichteten Gebäude, sondern nur ein Zurückziehn oder Ablösen der einzelnen angreifenden Theile des Baues begründen, worüber es an allen speziellen Anträgen und an jeder Instruction fehlt.

Es konnte daher nur wie geschehen erkannt werden ꝛc.

So weit das geheime Obertribunal.

Der vorstehende Rechtsfall gewinnt besonderes Interesse durch den Umstand, daß der Königliche Fiskus in demselben durch die Staatsanwaltschaft vertreten wurde. Dieselbe produzirte eine spezielle Ermächtigung des Herrn Justizministers, reichte auch in den beiden ersten Instanzen nicht nur die Schriftsätze ein, sondern trat auch in den Terminen für den Fiskus auf. In dritter Instanz war die Revisionsrechtfertigung von dem Oberstaatsanwalt verfaßt und eingereicht; im Verhandlungstermine trat aber ein Rechtsanwalt auf.

Wir können dieses Verfahren nicht für richtig halten und sind der Meinung, daß die Vertretung des Königlichen Fiskus nur durch Rechtsanwalte geschehen komte mit der alleinigen Ausnahme, daß das Königliche Justizministerium als Behörde allerdings befugt war, die erforderlichen Schriftsätze aller Instanzen in eignem Namen einzureichen.

Es würde zu weit führen, wenn wir hier nachweisen wollten, daß im Allgemeinen sowohl nach gemeinem als preußischem Prozeßrechte nur recizirte Rechtsanwalte und die sogenannten präsumtiven Bevollmächtigten als Vertreter einer Parthei in Prozessen auftreten und nur erstere Schriftsätze für Partheien einreichen oder legalisiren können. Dieser Grundsatz, auf welchem das ganze Institut der heutigen Advokatur und Procuratur beruht,

Digitized by Google

wird überall anerkannt (Koch Pr. Civilprozeß §. 108) und läßt sich für Wetzlar insbesondere durch Verordnungen des Reichserzkanzlers, Fürsten Primas und durch den Gerichtsgebrauch nachweisen.

Wir wollen hier nur auf das neueste Prozeßrecht zurückgehen, welches für Wetzlar in der Verordnung vom 21. Juli 1849, für die Landestheile, worin die Allgemeine Gerichtsordnung Geltung hat, in den Verordnungen vom 1. Juni 1833 und 21. Juli 1846 gegeben ist. Diese Verordnungen bestimmen in fast gleichlautenden Worten.

1. In Betreff der für Partheien eingehenden schriftlichen Klagebeantwortungen, Repliken, Dupliken und der Schriftsätze der Appellations-, Revisions- und Nichtigkeitsinstanz, auch der Restitutionsgesuche wegen versäumter Klagebeantwortung,

daß nur öffentliche Behörden und solche Personen, welche zum Richteramt befähigt sind, diese Schriftsätze ohne Zuziehung eines Rechtsanwalts einreichen können, daß dagegen die Schriften anderer Partheien von öffentlich angestellten (in III. Instanz von den beim Königlichen Obertribunal angestellten) Rechtsanwalten unterzeichnet sein müssen.

Conf. §. 10, 15, 51, 58, 69 der Verordnung vom 21. Juli 1849 (G. S. S. 307) §. 3, 7, 21, 23 der Verordnung vom 21. Juli 1846 (G. S. S. 291).

2. In Betreff der Vertretung der Partheien in Terminen, insbesondere den zur mündlichen Verhandlung bestimmten

daß die Vertreter aus der Zahl der bei dem betreffenden Gerichte zur Prozeßpraxis verstatteten Anwalte zu wählen sind und außerdem diejenigen, welche die Vermuthung einer Vollmacht für sich haben, zu Bevollmächtigten bestellt werden dürfen.

Conf. §. 23, 35 der Verordnung vom 21. Juli 1849 §. 26 der Verordnung vom 1. Juni 1853.

Ad. 1. Im Fragefalle war die als Parthei für den Fis-

Digitized by Google

kus fungirende Behörde das Königliche Justizministerium. Es leidet keinen Zweifel, daß diese Behörde befugt war, die einzureichenden Prozeßschriften ohne Zuziehung eines Rechtsanwalts den Gerichten zu übergeben. Sie hat dieses aber nicht gethan, sondern durch dritte Personen die fiskalischen Rechte in schriftlichen Vorträgen ausführen, durch dritte Personen diese Vorträge auch in ihrem Namen einreichen lassen. Sie hat sich also dieser dritten Personen als Advokaten und Procuratoren bedient. Dieselben waren aber keine Rechtsanwalte, sondern sie repräsentirten Behörden, welche mit der Verwaltung und Vertretung des Staatseigenthums nichts zu thun haben, deren Beruf es vielmehr ist, bei Verbrechen und Vergehen die Ermittelung der Thäter herbeizuführen und dieselben vor Gericht zu verfolgen, außerdem das öffentliche Offizium bei Ehescheidungen wahrzunehmen.

§. 2 des Gesetzes vom 3. Januar 1849.

§. 12 des Gesetzes vom 2. Januar 1849.

Dieses Verfahren widersprach den oben hervorgehobenen Gesetzen. Diese wollen öffentliche Behörden in ihren Prozessen, so weit solche schriftlich verhandelt werden, von dem sogenannten Advokatenzwang entbinden. Der Grund erhellt aus der damit in einem Satze zugleich ausgesprochenen Bestimmung, daß auch Partheien, welche zum Richteramte befähigte Personen sind, von derselben Verpflichtung frei erklärt werden. Er besteht darin, daß man bei öffentlichen Behörden die zur schriftlichen Ausführung ihrer Rechte nöthige Gesetzeskenntniß und Geschäftsroutine unbedingt voraussetzen kann und muß und daß sie also eines Anwalts dabei nicht bedürfen. Deshalb ist ihnen

„die Einreichung einer schriftlichen Klagebeantwortung (u. s. w.) ohne Zuziehung eines gerichtlichen Anwalts gestattet."

Conf. § 10 des Ges. vom 21. Juli 1849.

Machen nun aber prozeßführende Behörden von dieser Befugniß keinen Gebrauch, ziehen sie es vor, durch einen Anwalt die Schriftsätze unterzeichnen und einreichen zu lassen, so scheint doch nichts folgerichtiger zu sein, als der Schluß, daß sie nun

Digitized by Google

wie jede andere Parthei behandelt werden müssen, daß also der Anwalt, dessen sie sich bedienen, ein Rechtsanwalt sein muß. Die Folgerichtigkeit dieses Schlusses wird man um so sicherer, — je vergebener einestheils die Mühe ist, in den Gesetzen irgend eine Bestimmung zu finden, welche es den öffentlichen Behörden freistellte, sich anderer Beamten als ihrer Advocaten und Procuratoren zu bedienen oder andere Beamte verpflichtete oder berechtigte, diese Advokatur oder Procuratur auszuüben — und je eigenthümlicher anderntheils die Consequenzen wären, welche bei der Annahme einer solchen Berechtigung und resp. Verpflichtung sich ziehen ließe. Es könnte alsdann keinen Anstand haben, daß z. B. eine Regierung ihren Landrath, ihren Kreisphysikus, ihren Steuereinnehmer, welche etwa in dem Bezirke des betreffenden Prozeßgerichts wohnten, Prozeßschriften in fiskalischen Prozessen zeichnen und einreichen ließe, oder gar (wenn man von dem für das Princip gleichgültigen Subordinationsverhältnisse absehen will) daß ein Steueramt sich durch einen Postbeamten, ein Postamt durch einen Bürgermeister u. s. w. vertreten ließe.

Ad 2. Was die Vertretung des Königl. Fiscus im mündlichen Prozeßverfahren betrifft, so bestimmen die oben hervorgehobenen Gesetze für alle Partheien ohne Unterschied, also auch für den Königl. Fiscus und dessen Repräsentanten, daß die Vertreter aus der Zahl der beim Prozeßgerichte fungirenden Rechtsanwälte gewählt werden sollen. Von dieser Regel ist nur eine Ausnahme gemacht, daß nämlich auch diejenigen, welche die Vermuthung einer Vollmacht für sich haben, zu Vertretern bestellt werden dürfen.

Es kann sich also nur fragen, ob die Staatsanwalte die Vermuthung einer Vollmacht Seitens des Königl. Justizfiskus resp. dessen Repräsentanten, des Justizministers Exzellenz, für sich haben.

Das gem. Recht kennt ein mandatum praesumtum außer dem Falle der Verwandschaft und Schwägerschaft nur bei Litisconsorten,

Digitized by Google

Linde, Lehrbuch des gem. Civilprozesses. Fünfte Auflage, § 136.

Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts II. 2 S. 539

das preußische Recht außerdem noch für Verwalter, Buchhalter und Hausoffizianten.

Allgem. Landrecht I. 13 § 119 — 122.

Alle diese Cathegorien sind selbstredend hier nicht anwendbar, jene Frage kann also nur verneint und damit als bewiesen erachtet werden, daß die Vertretung des Königl. Fiscus in den Verhandlungsterminen durch die Staatsanwaltschaft gesetzlich nicht gerechtfertigt war.

LXVI.

Memoranda der gerichtlichen Medicin, mit besonderer Berücksichtigung der neuesten Deutschen, Preussischen und Rheinischen Gesetzgebung als Leitfaden zu seinen Vorlesungen und zum Gebrauche für Aerzte und Juristen bearbeitet von Friedrich Wilhelm Böcker, Dr. der Medicin u. Chirurgie, Königl. Preuss. Kreis-Physikus und Privatdocenten der Medicin an der Universität zu Bonn etc. etc. etc.

Digitized by Google

Iserlohn und Elberfeld, Julius Bädeker. 1853. 8. S. 350. Preis 1½ Thlr.

Recension
von
Sommer.

Der Verfasser, dessen sämmtliche Titel wir nicht mitabdrucken lassen, hat ein tüchtiges Werk geliefert; er stellt die Wissenschaft der gerichtlichen Medicin nach ihrem neuesten Standpunkte dar, und dieser ist, nachdem die vielen neuen Gesetzbücher erschienen, kein unwichtiger, obgleich auf der andern Seite die Gutachten der gerichtlichen Aerzte durch die neuere Stellung der blos auf ihre Ueberzeugung hingewiesenen Geschworenen- und anderen Gerichte viel von ihrem legalen Gewichte verloren haben. Wir können ins Einzelne nicht eingehen, bemerken nur, daß das Werk sehr vollständig ist, und durch seine practische, deutliche Darstellung auch dem nicht medicinisch gebildeten Richter und Anwalt sich nützlich erweisen wird. — Die betreffenden Stellen des Preuß. Gesetzbuchs sind einschlagenden Orts mitgetheilt. — Der Preis ist mit Rücksicht auf das gute Papier und den kompressen Druck mäßig.

Digitized by Google

LXVII.

Ueber die Wiedereinführung der Prügelstrafe und die Züchtigung des Gesindes. Mit Rücksicht auf die Anträge der provinzialständischen Versammlung der Provinz Preußen. Von H. M. M. Pape. Insterburg, Verlag von C. A. Wilhelmi. 1853. 8. S. 120 Preis 15 Sgr.

Recension
von
Sommer.

Die alten Preuß. Provinzialstände von 1852 haben in einer Denkschrift an den König um ein Gesetz gebeten, welches 1. die Bestrafung der Dienstvergehen des Gesindes, der Instleute und Tagelöhner und zwar sowohl solcher, die in bestimmten kontraktlichen Verhältnissen stehen, als solcher, die zeitweise zu Arbeiten angenommen sind, in ähnlicher Weise zulässig wie der § 184 der Gewerbe-Ordnung vom 17. Jan. 1845 eine Bestrafung der Uebertretung der Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeiter, 2. welches als Strafart resp. Maaß gegen Gesinde wegen geringer Thätlichkeit, die körperliche Züchtigung, und zwar bis auf fünf Peitschenhiebe bestimmt, und gegen Gesinde wegen Liederlichkeit und Ungehorsam Geldbuße bis zu fünf Thlr. oder drei Tage Gefängniß, 3. welches bei thätlicher Widersetzlichkeit des Gesindes, der Instleute und der Tagelöhner gegen ihre Brod- und

Digitized by Google

Dienstherrschaft oder deren Stellvertreter dergleichen Vergehen nicht im Injurienprozesse, sondern der Bestrafung dem Amtswege überweise. Der Verfasser, ein wackerer Sohn der rothen Erde, unterwirft den Antrag Nr. 1 einer erschöpfenden Beleuchtung. Er ist nicht der Meinung, daß auch die Errungenschaft vom 6. Mai 1848 — an welchem Tage der König die Strafe der körperlichen Züchtigung „in Folge der durch die neueren Gesetze allen Meinen Unterthanen gleichmäßig verliehenen politischen Rechte“ aufhob, und statt derselben ein Erkenntniß auf verhältnißmäßige Freiheitsstrafe verordnete, — aufzugeben. Er entwickelt den Gegenstand von allen Seiten, insbesondere auch aus den Verhandlungen des vereinigten-Landtags (z. B. S. 112 die Rede des wackeren v. Brüneck, an den der König im Novbr. 1848 den Dank für die nach Brandenburg *) gegangenen Abgeordneten richtet.) Für Leser im Westen bleibt es unbegreiflich, wie in einer Provinz, die früher den Liberalismus in Erbpacht zu haben schien, ein solcher, das Land so sehr herabsetzender Antrag entstehen konnte. Im Westen sind wir selbst da, wo früher die Eigenbehörigkeit mit Zwangsdienst bestand, längst darüber einverstanden, daß ernste und zugleich humane Behandlung gutes Gesinde macht. Es fällt hier Niemand ein, den Bakel bei diesen freien Vertragsverhältnissen, wo gute Herrschaften in der Regel auch gutes Gesinde haben, einzuführen. — Ein umfassenderes Wiedergeben der Gründe des Verfassers müssen wir uns versagen, da für Staatsmänner die Sache zu klar ist, die Freunde der Entmenschung aber doch unbekehrbar sind.

---

*) Nicht Alle wissen, daß wir Mitglieder der rechten Seite der National-Versammlung schon in der Nacht des Zeughaussturms (15. Juni 1848) in unserer Versammlung in der Behrenstraße den Beschluß faßten, den König um die Verlegung nach Brandenburg zu bitten, ja selbst, als in Berlin unfrei, stracks dahin zu gehen, was aber andern Tags, in Folge der eingetretenen Ministerial-Crisis, unterblieb.

Digitized by Google

LXVIII.

Wirkungskreis des Strafgesetzes, nach Zeit, Raum und Personen, besonders von der Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen, vom Asylrecht und von der Auslieferung der Verbrecher, von der Rückwirkung der Strafgesetze und vom Rechtsirrthum. Von Dr. Albert Friedrich Benner, Professor der Rechte an der Königl. Universität zu Berlin. Berlin, 1853. Verlag der Decker'schen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei. 8. S. 216. Preis 1 Thlr. 6 Sgr.

Recension
von
Sommer.

In diesem Werke wird vorzüglich eine Monographie über die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen gegeben. Der Verfasser glaubt, die Irrthümlichkeit der gangbaren, auf die Alleinherrschaft des Territorialprinzips gegründeten Theorie nachgewiesen und diejenigen Prinzipien ins Licht gestellt zu haben, an denen das Territorial-Prinzip seine Ergänzung finden soll. Damit zusammenhangende Gegenstände, Rechtsirrthum, Rückwirkung der Criminalgesetze, Auslieferung und Asylrecht, sind zugleich mitbehandelt. — In der Einleitung wird der Begriff des Straf-

Digitized by Google

gesetzes, die Eintheilung der Strafgesetze in absolut bestimmte, absolut unbestimmte und relativ bestimmte, und die Gliederung der Lehre vom Strafgesetz abgehandelt. Der Verfasser erklärt sich sowohl gegen absolut bestimmte, als absolut unbestimmte (S. 5 ff.) nachdem die Irrgänge der bairischen Gesetzgebung, welche dem Richter gar kein Ermessen ließ, sowie der gleichgesinnten französischen von 1791 dargestellt. Die Todesstrafe muß aber nach seiner Ansicht (S. 16) immer absolut bestimmt angedroht, weder dem Richter noch den Geschwornen ein Begnadigungsrecht eingeräumt werden. Er ist gegen die von Mittermaier vorgeschlagene Abschaffung der Todesstrafe durch alternative Androhung derselben neben bloßer Freiheitsstrafe. „Nicht eine immer laxer werdende Praxis, nicht eine immer steigende Mißachtung des Gesetzes, sondern nur eine bewußte, große, feierliche legislatorische Entscheidung darf die Todesstrafe abschaffen.“ (S. 17.)

Das erste Buch behandelt die Herrschaft des Strafgesetzes hinsichtlich der Zeit. (S. 20 ff.) Tit. I Publikation. Die Grenzen der Berufung auf Rechtsunwissenheit werden nach römischem Rechte (S. 22 — 37) nach deutschem (S. 38—39) und nach Preußischem Rechte (S. 39 — 43) dargestellt; und zwar, was das letztere betrifft, ist aus den Kammerverhandlungen nachgewiesen, daß die Unzulässigkeit einer Berufung auf Rechtsunwissenheit stillschweigend vorausgesetzt worden. S. 46—48 wird die Frage, ob nicht bei Uebertretungen (sonst Polizeivergehen) der Rechtsirrthum zu berücksichtigen, erörtert aber am Ende doch auch verneint. — Der zweite Titel (S. 50 — 75) handelt von der Rückwirkung und kommt zum allgemeinen Prinzip, daß das härtere Strafgesetz nie, das mildernde allerdings rückwirkende Kraft habe. (S. 50 — 52) Strafprozeßgesetze wirken aber zurück (S. 52 — 53). Der § 8 (S. 53 ff.) gibt einzelne Fälle über die Anwendung der bisher entwickelten Grundsätze, 1. wenn das neue Strafgesetz das Maximum der Strafe herabsetzt, das Minimum aber erhöht, ob es dann noch als das mildere zu betrachten und auf die früher begangenen Verbrechen

Digitized by Google

anzuwenden. Der Verfasser entscheidet sich (S. 54) gegen Haveau Adolphe und Hélie für die Anwendung des jedesmal dem Angeklagten vortheilhaftesten Gesetzes, indem man nicht in jedem Falle das alte und neue Gesetz combinirt zur Anwendung bringe — wie Adolphe und Hélie tadeln — sondern, wenn man unter das Minimum des gegenwärtigen Gesetzes, um das geringere Minimum des früheren Gesetzes anzuwenden, herabgehe, eben ausschließlich das frühere Gesetz anwende, und umgekehrt, wenn man über das geringere Maximum des gegenwärtigen Gesetzes nicht hinausgehe und von dem höheren Maximum des früheren Gesetzes keinen Gebrauch mache, ausschließlich das neuere Gesetz anwende. — 2. Wenn in dem Zwischenraum zwischen der Begehung und Aburtheilung eines Verbrechens vorübergehend mildere Strafgesetze erlassen, Strafgesetze, die minder streng sind als die zur Zeit der Begehung und als die zur Zeit der Aburtheilung herrschenden, fordern die französischen Schriftsteller Anwendung der milderen Zwischengesetze. Sie behaupten, sobald ein milderes Strafgesetz erlassen worden, sei dasselbe sofort als ein wohlerworbenes Recht für den Straffälligen zu betrachten. Nicht so der Verfasser; er bemerkt (S. 56), wenn der Verbrecher unter einem härteren Gesetz verbrochen habe, habe er eigentlich die Strafe dieses Gesetzes verwirkt; wenn indeß zur Zeit der Aburtheilung ein milderes Gesetz gelte, wende man dieses an, weil die Ueberzeugung des Gesetzgebers von der Strafwürdigkeit des Verbrechens eine andere geworden; habe nun aber der Gesetzgeber das strengere alte Gesetz später wieder hergestellt, so habe er damit seine Ueberzeugung von der Nothwendigkeit dieser größeren Strenge bestätigt und falle somit der Grund zur milderen Behandlung der unter dem älteren strengen Gesetze begangenen Verbrechen hinweg. Die Entscheidung ist wohl richtig, da der Verbrecher kein Recht auf die Strafe, also auch nicht auf ein bestimmtes Maaß derselben, sondern nur zu dulden hat, was das Gesetz zur Zeit der That ihm auflegt, wovon der erkennende Richter nur abgehen kann, wenn zur Zeit des Erkennt-

Digitized by Google

nisses der Gesetzgeber eine andere Ueberzeugung, gelindere Bestrafung ausgesprochen hat. 3. Die Strafe muß immer ausschließlich nach dem älteren oder jüngeren Gesetze festgestellt werden (S. 55), also z. B., wenn die Gesetze für ein gewisses Verbrechen Freiheits- und Ehrenstrafe zugleich androhen, darf man nicht etwa die Freiheitsstrafe aus dem einen und die Ehrenstrafe aus dem andern Gesetze entnehmen (wie auch in einer Obertribunals-Entscheidung Just.-Min.-Bl. 1851 S. 275, 276 bündig ausgeführt.) — 4. Es wird gefragt: Soll man Gesetze über die Verjährung als Strafgesetze im engeren Sinne, oder soll man sie als Strafprozeßgesetze betrachten? Und soll man ihnen folglich, falls sie milder sind als die früher herrschenden, rückwirkende Kraft beilegen oder nicht? Welche Wirkungen haben überhaupt neue Gesetze auf die schon in der Verjährung begriffenen Verbrechen? Kann ein neues Gesetz, das die Unverjährbarkeit eines Verbrechens ausspricht, auf Handlungen bezogen werden, die der Thäter zu einer Zeit beging, wo das Gesetz sie für verjährbar erklärte? Kann ein neues Gesetz den Verjährungsablauf für ein schon früher begangenes Verbrechen dadurch verlängern, daß es schlechtweg für Verbrechen dieser Art eine bedeutendere Verjährungszeit anordnet? Der Verfasser hält die Anordnungen über die Verjährung für Strafbestimmungen, weil sie über die Frage entscheiden, ob Verbrechen nach Ablauf einer gewissen Zeit und unter gewissen Bedingungen gestraft werden sollen oder nicht. Er gestattet, wenn die Verjährung nach dem alten Gesetze am Tage der Verkündigung des neuen schon beendet ist, dem neuen Gesetze keinen Einfluß auf das Verbrechen, weil das Recht des Staats zur Bestrafung hier schon erloschen; eine durch das neue Gesetz eingeführte kürzere Verjährungsfrist läßt er auch den früher begangenen Verbrechen zu gut kommen, weil der Staat hier eine mildere Ueberzeugung ausgesprochen, mit der er durch die Bestrafung des nach dieser Ueberzeugung bereits getilgten Verbrechens in Widerspruch gerathen würde. — Eine andere Frage ist, wie es zu halten, wenn das neue Gesetz die Verjährung bei gewissen Verbrechen,

Digitized by Google

z. B. bei den todeswürdigen, ganz aufhebt, oder wenn es dieselbe wenigstens erschwert, sei es durch Verlängerung der Verjährungszeit, sei es durch Ausstellung neuer, die Verjährung erschwerender Bedingungen, z. B. durch die Bedingung des inzwischen gut geführten Lebenswandels? Zachariä (über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze S. 42, 43) ist hier der Ansicht, daß der Verbrecher kein Recht auf Fortsetzung der Verjährung habe, unser Verfasser läßt dagegen alle Gründe zu, welche die Anwendung härterer Strafgesetze auf früher schon begangene Verbrechen verbieten. Obgleich ihm nun der Art. V. des Einführungsgesetzes zum Preußischen Strafgesetze zur Seite steht, so ist doch, davon abgesehen, Zachariäs Ansicht unsrer Meinung nach die unbedingt richtige. Eine unvollendete Verjährung hat noch gar kein Recht bewirkt, nur mit ihrer Beendigung entsteht ein solches, nicht aber früher etwa nach Brüchen. 5. Die Rückwirkung milderer Strafgesetze bethätigt sich bis zur Rechtskraft des Urtheils, also noch in den höhern Instanzen und während der Berufungsfristen. Natürlich wird hier Begnadigung nach der Rechtskraft zu erwarten sein. 6. Bei der Strafe des Rückfalls macht es keinen Unterschied, ob die frühern Straffälle vor oder nach dem Eintritte der Gesetzeskraft des neueren Strafgesetzbuchs vorgekommen seien. (S. 61) Nachgewiesen nach Braunschweigschem, Preußischem Rechte, sowie aus Sachsen und Baiern. — 7. Chaveau Adolphe und Hélie haben sich gegen die Anwendung neuer Strafprozeßgesetze auf die nach ihrer Veröffentlichung zur Verhandlung kommenden und anhängigen Rechtssachen erklärt, nicht aber die deutschen Juristen, auch der Verfasser nicht, eben so wenig der französische Kassationshof. Zachariä hält es für unzweifelhaft, daß, wenn nach dem bisherigen Rechte die Verurtheilung durch eine gewisse Stimmenzahl der Richter bedingt war, während das neue Gesetz diese Zahl vermindert, hinsichtlich früher begangener Verbrechen noch das alte Recht zur Anwendung kommen müsse, er stellt überhaupt den allgemeinen Satz auf: Insofern die Anwendung eines neuen Strafprozeßgesetzes auf früher vorgenommene Handlungen eine

Digitized by Google

Verurtheilung zur Folge haben würde, welche nach dem frühern Gesetze überhaupt nicht erfolgen konnte, oder insofern jene zum Erkenntniß auf ein härteres Strafübel führen könnte, findet sie rechtlich nicht Statt. (S. 69). Die französische Praxis erkennt aber das Prinzip der Nichtrückwirkung von Prozeßgesetzen auf frühere Fälle nicht an. (S. 70, 71). Der Verfasser unterscheidet (S. 73) ob a. der Staat durch solche Gesetze dauernde Veränderungen der Gerichtsverfassung oder des Verfahrens vornimmt, die von nun an einen organischen Theil des Staatslebens bilden sollen, oder ob b. nur für gewisse Krisen vorübergehende Gerichte eingesetzt und für diese prozessualische Vorschriften gegeben werden. Ad a. gestattet der Verfasser die unbedingte Rückanwendung, nicht aber bei b. namentlich bei den Kriegs- oder Standgerichten, die man in Zeiten der Empörung einsetzt. Und zwar darum nicht, weil die Nothwehr, das Vertheidigungsbedürfniß des Staats, was sich in der Einsetzung der Standgerichte ausspricht, sich nur auf erst drohende Uebel, niemals auf die Vergangenheit beziehen könne; schützen könne man sich nur gegen Künftiges. Allein wir sehen nicht ein, wie sich solche Unterscheidungen juristisch rechtfertigen lassen. Kann und muß der Staat überhaupt einmal Noth- und Standgerichte einführen, so hat er allein zu beurtheilen, welche vergangene Handlungen denselben zu unterwerfen nöthig sei. Ein vor der Proclamation des Standrechts begangenes Verbrechen kann nach Umständen weit gefährlicher, als spätere sein. Der Verf. glaubt (S. 75), die Standgerichte seien keine zur bloßen Uebung der Gerechtigkeit eingesetzten Gerichte, sondern Drohmaßregeln, die in den Zeiten der gefährdeten öffentlichen Ordnung eine abschreckende Wirkung haben sollen; Drohen, Abschrecken könne man aber nur in Bezug auf Künftiges. Dem ist aber nicht also, die rasche Bestrafung eines eben vergangenen Verbrechens kann eben die beste Abschreckung bewirken, und wenn das der Staat in seinem Nothstande erforderlich hält, wird er nicht lange nach der Theorie über Grenzen seines Nothrechts zu fragen haben.

Digitized by Google

Der Jurist hat nicht darauf zu sehen, angenehme Rechtsgrundsätze einzuführen, sondern muß sich an die wirklichen halten! — Der dritte Titel (S. 75) befaßt sich mit der Aufhebung der Gesetze. Und zwar zuerst (S. 76) mit der Desuetudo im gemeinen deutschen Rechte. Die Thatsache einer solchen Aufhebung kann Keiner, der die Geschichte unsres Kriminalrechts kennt, bezweifeln. Daraus folgt aber kein Prinzip für künftige Derogationen durch den Richter. Der Richter kann nur durch Nachsuchung von Begnadigungen oder von Gesetzabänderungen seiner Pflicht gnug thun, und muß im übrigen passiv bleiben. Der Gesetzgeber muß also (S. 78) durch rechtzeitige Abschaffung veralteter Strafsatzungen möglichen Uebergriffen der richterlichen Gewalt vorbeugen. In Staaten, die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit haben, gelangen alle solche Fragen schnell an die kompetente Behörde und finden bald ihre Erledigung.

Das zweite Buch (S. 80) handelt von der Herrschaft der Strafgesetze rücksichtlich des Raumes, und zerfällt in drei Titel, da es sich 1. um die Herrschaft der Gesetze innerhalb des heimischen Staates, 2. rücksichtlich eines fremden Staates, 3. rücksichtlich gar keines Staates, wenn nämlich das Verbrechen auf einem Gebiete begangen, das noch gar nicht unter einer staatlichen Beherrschung steht, handelt. Der Verf. vertritt im Titel 1 die ausnahmslose Herrschaft des Territorialprinzips auf unsrem Staatsgebiete. Auch Ausländer können Hochverrath in unsrem Lande begehen, während die Gesetzbücher für Baiern und Oldenburg den Begriff des Hochverraths nicht auf Ausländer ausdehnen, vielmehr den Fremden selbst in Friedenszeiten nach Kriegsrecht strafen, was uns allerdings konsequenter erscheint, obgleich freilich der Verbrecher dadurch schwerlich besser gestellt sein wird. Hanover erfordert zum Begriffe des Hochverraths zwar einen Unterthan, schreibt aber auch (Art. 121. S. 9. b.) die Anwendung der Strafe des Hochverraths auch beim Ausländer vor (S. 85.) Landesverrath können die Ausländer, wenn sie während des Krieges bei uns bleiben, allerdings begehen. Ver-

Digitized by Google

brechen des Ausländers gegen befreundete Staaten verletzen unsren Staat nicht in seiner eigenen Lebenseinheit, sondern nur in seinen auswärtigen Beziehungen, die Strafe ist daher vom Antrage des verletzten auswärtigen Staates abhängig, und unser Staat hat durch die Duldung des Aufenthalts des Ausländers von selbst eine Art von Verantwortlichkeit gegen die andern Staaten übernommen (S. 86). Sache des Ausländers, der hier verbricht, ist es, unsre Gesetze zu kennen. Titel II. (S. 88) handelt von der Geltung des Rechts im fremden Staate. Es wird I. Geschichte und Material gegeben, und zwar 1. dargestellt die geschichtlichen Verhältnisse des römischen Rechts (in den einzelnen Provinzen des großen Weltstaates), das germanische System der persönlichen Rechte, sowie die Geltung der Lex Romana und des kanonischen Rechts als angebornen Rechts des Geistlichen; sodann die Ansichten der Praktiker des Mittelalters und der deutschen Reichsgesetzgebung, welche letztere die ganze Frage der Doctrin überlassen. Das englische Recht gestattet nur der Nation, bei der das Verbrechen verübt worden, die Bestrafung (S. 94). Die Franzosen straften nur die gegen Frankreich und seine Bürger im Auslande begangene Verbrechen, und zwar nach französischem Rechte; ein 1842 gemachter Versuch, die Bestrafung der gegen Ausländer im Auslande von Franzosen begangenen Verbrechen zu verordnen, gelang nicht, da der, rücksichtlich dieser Frage vorliegende Entwurf wegen der Vermischung mit anderen, das Strafverfahren betreffenden unliebsamen Bestimmungen verworfen ward. (S. 105) Belgien hat dagegen die von einem Belgier außerhalb Belgien gegen einen Fremden begangenen schweren Verbrechen für verfolgbar in Belgien erklärt, sobald der Verklagte oder seine Familie Klage erhebt, oder von Seiten der Behörden desjenigen Gebiets, in welchem die Strafgesetzwidrigkeit geschah, an die Belgischen Behörden ein amtlicher Bericht ergeht (S. 106). Das Niederländische Recht verfolgt die von den Niederländern im Auslande begangenen Verbrechen, durch welche nach den besonderen Bestimmungen des Strafgesetzes die Ruhe und Sicherheit des König-

Digitized by Google

reichs gefährdet oder gestört wird, oder die Gesetze in Bezug auf im Niederland courshabende Münzen oder andere gesetzliche Effekten verletzt werden, mit den Strafen des Niederländischen Gesetzes — so wie die Niederländer, welche sich im Auslande zum Nachtheil von Ausländern, und die Ausländer, welche sich im Auslande zum Nachtheil von Niederländern des Mordes, Brandstiftung, Diebstahl mit Einbruch oder Mißhandlungen, oder mit Waffen, oder in Verbindung von zwei oder mehrern Personen, oder mit erschwerenden Umständen, Anfertigung oder Inumlaufsetzung falscher Wechsel, schuldig gemacht haben — sofern der Niederländer nicht schon wegen derselben Strafgesetzwidrigkeit durch ein Urtheil des auswärtigen Richters freigesprochen, oder verurtheilt und gestraft worden. (S. 108) — Das russische Recht bestraft 1. alle russische Unterthanen und Ausländer, die innerhalb des russischen Reichs ein Verbrechen begehen, 2. die Russen, welche außerhalb Rußlands sich eines Verbrechens schuldig machen, wodurch die allgemeine Sicherheit des Reichs gefährdet wird, als Staatsverrätherei, Betrug mit dem Kaiserlichen Siegel, Falschmünzen ꝛc., 3. den russischen Unterthan, der außerhalb Rußlands ein Verbrechen begeht, durch welches Rechte eines einzelnen Russen verletzt werden, wofern derselbe wegen dieser seiner Schuld noch vor kein auswärtiges Gericht gezogen werden, 4. jeden Ausländer, welcher außerhalb Rußland ein Verbrechen begeht, durch welches die allgemeine Sicherheit des russischen Reichs verletzt wird, wofern man ihn in Rußland ertappt oder von der fremden Regierung seine Auslieferung erlangt. — Anlangend die in Rußland sich aufhaltenden Ausländer, so unterliegen diese den russischen Strafgesetzen. Und hat ein fremder Unterthan außerhalb der Grenzen des Reichs ein Verbrechen verübt, durch welches er die Rechte der souverainen Gewalt in Rußland oder die Rechte eines oder mehrerer russischer Unterthanen angegriffen und wird er nachmals in den Grenzen des Reichs entdeckt und angehalten so unterliegt auch ein solcher den Bestimmungen des russischen Strafgesetzbuchs. — Die Italiänischen Gesetzbücher sind meist Nach-

Digitized by Google

bildungen der Französischen. — Nachdem der Verf. nun noch die Bestimmungen der deutschen Gesetzbücher mitgetheilt hat (S. 112 ff.) und insbesondere auch die des §. 4. unsers Strafgesetzbuchs, wendet er sich (S. 125 II) zur dogmatischen Erörterung. Er erklärt (S. 125) das Territorialprinzip für unzulänglich, da es die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen nicht begründen könne, alle gebildete Staaten aber im Auslande verübte Verbrechen strafen und man nur über das Maaß der Ausdehnung im Zweifel sei, die man der inländischen Strafgewalt über auswärtige Verbrechen einräumen solle. Dem Verfasser ist es (S. 126, 127) unzweifelhaft, daß das Strafgesetz den Inländer persönlich, und nicht blos territorial, nicht blos während seines Aufenthalts im Inlande verpflichte — daß im Strafgesetzbuch der Staat diejenigen Handlungen bezeichnet habe, die er als unbürgerlich betrachten müsse, die er mit der Eigenschaft eines Staatsbürgers unverantwortlich glaube. Gebe man, trotz seines Aufenthalts im Auslande, die Eigenschaft eines Inländers, eines Inländers, eines hiesigen Staatsbürgers, nicht auf, so dürfe man auch keine Handlungen verüben, die dem widersprechen, so dürfe man gewiß auch im Auslande nichts thun, was das Inland als eine Schändung der bürgerlichen Ehre betrachte. Nehmen wir inzwischen die Sache geschichtlich, so dürfte die Anschauung, daß die, die Verbrechen verbietenden, göttlichen Gesetze überall dieselben, das Personalitätsprinzip zuerst begründet haben. — Der Verf. erörtert nun die verschiedenen Fälle. §. 29. Der Inländer verbricht im Auslande gegen den inländischen Staat. §. 30. Er verbricht im Auslande gegen einen Inländer. Er darf die Gesetze desselben Staates im Auslande nicht verletzen, dem er Schutz, Beistand und Geltung im Auslande verdankt (S. 131) §. 31 Der Inländer verbricht, das inländische Strafgesetz verletzend, im Auslande gegen einen Ausländer oder ausländischen Staat. Ist er hier im Auslande nicht bestraft, so straft ihn sein Staat. Blos polizeiliche Verbindlichkeiten — meist Uebertretungen — sind, in Hinsicht ihrer Gültigkeit, auf die Grenze des Staates beschränkt

Digitized by Google

(§. 32). — Der Verf. stellt (S. 136) die Behauptung auf, daß man nicht vorübergehend das Ausland betreten dürfe, um dort eine Handlung zu begehen, welche zwar nach unsern, aber nicht nach den ausländischen Gesetzen strafbar ist, z. B. ein Duell auf französischem Boden vollziehen. Der Verf. findet hierin eine Umgehung des Gesetzes, will die Duellanten nach den Heimathgesetzen bestrafen. Durch die Vornahme einer erlaubten Handlung begeht man keine Umgehung der Gesetze, und der Staat ist kein Gefängniß! — §. 33 (S. 140) sucht der Verf. das Prinzip auf für die Bestrafung der von Ausländern im Auslande begangenen Verbrechen. Im Falle der fremde Staat jene Verbrechen gegen unsren Staat an seinen Angehörigen nicht straft, versetzt er uns theilweise in den Naturzustand zurück (S. 146). Der Verf. findet hier neben dem Territorialitäts- und dem Personalitäts-Prinzip in dem natürlichen Strafrechte, das der Staat in seinem und der Seinigen Interesse ausüben kann, ein drittes Prinzip. Er unterscheidet ein (§. 34 35) Verbrechen des Ausländers im Auslande gegen Ausländer, und solche, die gegen Inländer oder den inländischen Staat gerichtet sind. Jene werden für Straffrei in Bezug auf unsern Staat gehalten, weil die Sache uns gar nicht berührt, wenn es gleich allenfalls zur Ausweisung oder Auslieferung kommen kann. Nur Sachsen hat scheinbar eine andere Anordnung (S. 147 148). Dann (§. 35) handelt es sich um Verbrechen des Ausländers im Auslande gegen Inländer oder den inländischen Staat. Nach Preußischem Rechte kann der Ausländer, welcher im Auslande gegen Preußen eine Handlung begangen hat, die im Preußischen Strafgesetzbuche entweder als eine hochverrätherische, oder als eine Majestätsbeleidigung bezeichnet ist, oder ein Münzverbrechen darstellt, in Preußen gestraft werden. Dagegen findet eine Bestrafung des Ausländers, der im Auslande einen Preußen verletzt, in Preußen nicht Statt, weil bei gemeinen Verbrechen keine Gesetzgebung unterscheidet, ob sie gegen Inländer oder Ausländer begangen, also von Seiten des ausländischen Staats die Bestrafung wegen eines

Digitized by Google

solchen gegen einen Preußen verübten Verbrechen und Vergehens eintreten werde. — Als eine Eigenthümlichkeit des Preußischen Gesetzbuches, in Vergleich mit dem Französischen, bezeichnet der Verf. (S. 155) die Ausdehnung des Begriffs der Majestätsbeleidigung auf Ausländer im Auslande. Der Verf. bezweifelt, ob das eine Verbesserung sei, und befürchtet, daß, wenn alle Europäischen Staaten dieselbe Bestimmung enthielten, es dem harmlosen Verfasser des Punch, der sich schon über alle Europäischen Potentaten lustig gemacht habe, auf einer Europäischen Rundreise sehr übel ergehen möchte. So lange inzwischen das Völkerrecht hierüber keine durchgreifende Bestimmungen hat, wird man doch wohl den ausländischen Injurianten unsres Staatsoberhaupts fassen, wenn er zu fassen ist. Auch die Könige haben ein Recht auf Ehre, stehen in dieser Beziehung wenigstens nicht schlechter als Private. Als eigentlichen Hochverrath oder Majestätsbeleidigung wird man allerdings die fraglichen Verbrechen des Ausländers gegen unsern Staat nicht bestrafen können, weil sie das eben nicht sind. Hat der fremde Staat keine Strafsatzung für die Verletzung fremder Staaten, welche eben in den Beleidigungen gegen ihre Oberhäupter liegt, so strafen wir, indem wir die Handlung unter die Strafgesetze subsumiren, die bei uns für Verletzung fremder Staaten gelten, was sich sehr von den schweren Strafen für Hochverrath und Majestätsbeleidigung unterscheidet (S. 156). Den desfallsigen Ausführungen unsres Verfassers (S. 156 — 159) kann man gewiß nur beitreten. —

Der Verf. erörtert nun noch einzelne Fragen. Und zwar (S. 160 ff.): Wenn unser Richter ein im Auslande verübtes Verbrechen straft, soll er alsdann die Gesetze des Inlandes oder die des Auslandes zur Anwendung bringen? Aus Nützlichkeitsgründen ist der Verfasser für die Anwendung des inländischen Gesetzes. — Auch die ausländischen Verjährungsgesetze läßt der Verf. (S. 164 165) nicht entscheiden, wenn nicht schon auf Grund derselben im Auslande res judicata erwachsen. Der §. 37 (S. 165 ff.) verbreitet sich über die Folgen auswärtiger Urtheile oder

Digitized by Google

Begnadigungen. Der Verf. nimmt (S. 166) an, wenn das auswärtige Urtel mit der Strafe Folgen für die Ehre des Schuldigen verbinde, die unser Gesetzbuch an das Verbrechen nicht knüpft, müsse es allerdings dem Verurtheilten frei stehen, an das Rechtsbewußtsein seines Heimathsstaates zu appelliren, und von diesem eine Prüfung darüber zu verlangen, ob dergleichen nachtheilige Folgen auch nach dem hiesigen Recht Statt zu finden haben. Und umgekehrt, wenn das Ausland gewisse Einschränkungen der Ehre, Verlust des Bürgerrechts u. s. w. mit der Strafe nicht verbindet, während unser Gesetzbuch sie anordnet, müssen wir dieselbe nach der Ansicht des Verfassers nachträglich aussprechen. Es sind das nicht ganz zweifellose Fragen, da der Bestrafte, wenn ihm im Inlande neue Uebel zugefügt werden sollen, doch auch wohl Revision seines Prozesses unter Umständen würde verlangen können, wenn z. B. im Auslande nur Eine Instanz Statt gefunden hätte, während der Angeklagte hier zwei zu beanspruchen gehabt hätte.

Einem Urtheil der auswärtigen Gerichte über Versetzung in den Anklagestand oder Außer-Verfolgung-Setzung schreibt der Verf. (S. 107) für uns keine Geltung zu. Auch gegen die Vollstreckung eines von den ausländischen Behörden gefällten wirklichen Strafurtels erklärt er sich (S. 168) weil die Behörden des Inlandes zu den Gerichten des Auslandes in keinem Verhältniß amtlicher Unterordnung stehen, das Inland sich überhaupt niemals zum Werkzeuge eines fremden Urtheils, mit Verläugnung seines eigenen Rechtsbewußtseins machen dürfe. —

Der dritte Titel (S. 168) behandelt die Herrschaft des Strafgesetzes innerhalb gar keines Staates, in Ländern, in denen wilde Stämme hausen, die von einer Staatenbildung noch nichts wissen, in Wüsten, die nur von Zeit zu Zeit ein menschlicher Fuß betritt, auf dem Meere, das gar keinem Staate angehört. Der Verfasser läßt Jeden, der auf außerstaatlichem Boden ein Verbrechen begeht, nach seiner Rückkehr den Gesetzen des Heimathsstaats verfallen, weil der Inländer auch im Auslande den Strafgesetzen seines Landes unterworfen bleibe; eigentlich kann man das

Digitized by Google

aber eine petitio principii nennen, da jene Gesetze für den außerstaatlichen Boden eben nicht gegeben sind. — Schiffe auf hoher See werden als Grund und Boden desjenigen Staates, dem sie angehören und unter dessen Flagge sie segeln müssen, angesehen. Kriegsschiffe in fremden Seegebieten genießen die Exterritorialität, ohne übrigens von den polizeilichen Vorsichtsmaßregeln des Haafenstaates eximirt zu sein. Handelsschiffe unterliegen der Gerichtsbarkeit des Haafenstaates, es wird ihnen aber auch oft eine beschränkte Exterritorialität zugestanden, namentlich wenn die Mitglieder ihrer Mannschaft an Bord des Schiffes selbst und gegen andere Mitglieder derselben Mannschaft verbrochen haben. (S. 171) Seeräuber, die man auf offenem Meere ergriffen hat, ist jeder Staat, dem sie zugeführt werden, nach seinen Gesetzen zu richten und zu strafen befugt, da das Völkerrecht im Seeraube ein Verbrechen gegen das menschliche Geschlecht findet.

Der vierte Titel (S. 172) gibt eine Darstellung des Asylrechts und der Auslieferung.

Das vierte Buch handelt die Herrschaft des Strafgesetzes rücksichtlich der Personen ab, und zwar Tit. 1. Das Staatsoberhaupt. Unverantwortlichkeit. Stellung der landesherrlichen Familie. Tit. 2. Die Exterritorialen. Fremde Souveraine. Fremde Gesandte. Ihr Gefolge und Familie. Consulen. Fremde Truppen.

Der Verf. hat ein vorzügliches Werk geliefert, klare Einsicht und deutsche Gründlichkeit bewährt.

Digitized by Google

LXIX.

Ueber Haft und Bürgschaft bei den Angelsachsen. Vorstudie einer Geschichte des Habeas Corpus Rechts von Dr. Heinrich Marquardsen. Erlangen 1852. Verlag von Ferdinand Enke. 8. S. 69. Preis 10 Sgr.

Recension
von
Sommer.

Der gelehrte Verfasser beabsichtigt ein größeres Werk über die Geschichte und das Wesen des Habeas corpus Rechts, für welches ihm eine genaue Kenntniß der Angelsächsischen Rechtsbestimmungen über die Lage eines Angeklagten vor dem Urtheil und über den damaligen Schutz der persönlichen Freiheit unumgänglich schien. Hierbei stieß ihm nun die in Deutschland gewöhnliche Auffassung der Angelsächsischen Bürgschaftsverhältnisse, und insbesondere die Vorstellung von einem Institut auf, welches bald rein angelsächsisch bald ganz germanisch sein soll und von Möser zuerst Gesammtbürgschaft genannt ist. Er ist zur Ueberzeugung gelangt, daß die ganze Lehre von der Gesammtbürgschaft eine Chimäre, wenigstens für die angelsächsische Rechtswelt ist. Wenn nun die bisherigen Vertheidiger der Gesammtbürgschaftstheorie aus jedem Borch oder Borge ein Friborg oder Frithborg (der angebliche Name für die angelsächsische Gesammtbürgschaft) gemacht

Digitized by Google

haben, so mußte die Untersuchung über Frithborg und Gesammtbürgschaft ein wesentlicher Theil der vorliegenden Arbeit werden. Um zu zeigen, woher der Hauptirrthum entstanden, hat der Verf. eine Erörterung über das nornamische Frankplege oder, angelsächsisch ausgedrückt, Frithborg oder Friborg nothwendig gehalten. — Natürlich ist hier nicht der Ort, einen Auszug zu geben, so verlockend auch manche Entdeckungen des Verfassers dazu sind. Wir können den Freunden der germanischen Rechts- und Staaten-Geschichte nur empfehlen, das gediegene Werkchen zu lesen, verweisen übrigens auf die tiefer eingehende Beurtheilung in der Münchener kritischen Ueberschau, I, 1. S. 87 ff.

LXX.

Das Zürcher'sche Schuldbeitreibungsgesetz vom 1. April 1851. — Mit Erläuterungen unter vorzüglicher Berücksichtigung der gerichtlichen Praxis. Herausgegeben von J. H. Gwalter, d. Z. Mitglied des Obergerichtes. Zürich, Druck und Verlag von Friedrich Schutthoß. 1853. 8. S. 241.

Recension

von

Sommer.

Der Verfasser hat einen sehr brauchbaren Commentar zum Zürcher Schuldbeitreibungsgesetz vom 1. April 1851, dem dritten, welches seit dem Jahr 1852 von dem Großen Rathe erlassen worden, geliefert. Wichtiger ist für uns in Deutschland das Ge-

Digitized by Google

setz selbst. Es ist aus Einem Gusse, und höchst praktisch eingerichtet. Für jeden der eilf Bezirke des Kantons besteht ein Schuldenschreiber, welcher auf einen dreifachen, der Genehmigung des Obergerichtes zu unterwerfenden Vorschlag des Bezirksgerichtes von dem Regierungsrathe gewählt wird. Er besorgt die Schuldbeitreibung (Execution, sagen wir, da unsre Gesetzgeber und Juristen keine große Puristen sind) im Bezirke, hinterlegt eine Kaution von je 8000 — 16000 Franken. Er wird auf 6 Jahre gewählt, und kann nicht zugleich Statthalter, Mitglied, Schreiber oder Weibel des Bezirksgerichtes, eines Notars oder eines Gemeindammanns sein. Die Schuldenschreiber haben sich untereinander so in Verbindung zu setzen, daß bei jedem für den ganzen Kanton die Beitreibung angehoben werden kann. Der Gemeindamman ist ebenfalls zu Schuldbeitreibungen berufen. Er sowohl als der Schuldenschreiber sind dem Gläubiger in dem Sinne verantwortlich, daß ein aus Absicht oder Nachlässigkeit entstandener Fehler oder Verzug den Rechtstriebbeamten zur Zahlung verpflichtet, wogegen er in die Rechte des Gläubigers eintritt. Vermag der Beamte indeß zu beweisen, daß aus dem betreffenden Fehler oder Verzug für den Gläubiger entweder gar kein Schaden entstanden, oder daß der wirklich eingetretene Schaden weniger als den nominellen Betrag der Forderung ausmachte, so ist er berechtigt, denjenigen Betrag, hinsichtlich dessen dieser Beweis geführt ist, zurückzufordern. Er ist auch befugt, wenn er den Beweis des nicht oder minder eingetretenen Schadens führen will, den Betrag der zu ersetzenden Forderung einstweilen in der Bezirksgerichtskanzlei seines Wohnorts zu deponiren, und muß dann in einer vom Bezirksgerichtspräsidenten anzusetzenden angemessenen Frist sich über Anhängigmachung der Klage auszuweisen, nach erfolglosem Ablauf der Frist wird der deponirte Betrag dem Gläubiger ausgefolgt. Bei der ordentlichen Schuldbetreibung I. für nicht grundversicherte Forderungen wird unterschieden A. niedere Schuldbetreibung und B. hohe (zum Konkurs führend §. 44 ff.). Bei der niederen für eine laufende oder nur durch beweg-

Digitized by Google

liche Pfänder gedeckten Forderung (mit Ausnahme der Wechselforderungen, hat der Gläubiger sich schriftlich, entweder unmittelbar oder durch Vermittlung eines andern Schuldenschreibers an den Schuldenschreiber des Bezirkes zu wenden, in welchem der Schuldner wohnhaft ist; und demselben Größe und Natur der Forderung deutlich anzuzeigen. Für alle bis Freitag Abend um 8 Uhr einlaufenden oder durch die Freitagspost beförderten Angaben, fertigt der Schuldenschreiber Rechtsbote aus, welche er vom darauf folgenden Dienstag datirt. Er sorgt dafür, daß sie bis Samstag Abend in die Hände der Gemeindammämer gelangen, die sie am ersten oder spätestens zweiten Tage darauf anzulegen haben. Die Ausfertigung des Rechtsbotes bewirkt, daß der Betriebene während der ganzen Dauer der Betreibung, auch wenn sie vom Gläubiger einstweilen abgestellt ist, keine freiwillige Verpfändung beweglicher Vermögensstücke durch das Pfandbuch mehr vornehmen darf, es sei denn, daß der treibende Gläubiger seine Einwilligung zur Verpfändung gebe. Glaubt der Betriebene zur Zahlung nicht verpflichtet zu sein, so hat er innerhalb vierzehn Tagen von der Ausfertigung des Rechtsbots an gerechnet, (bei Wechseln 24 Stunden) bei dem Bezirksgerichtspräsidenten, unter Angabe der Gründe seiner Zahlungsweigerung, amtliche Einstellung der Betreibung (Rechtsvorschlag) zu begehren. Der Rechtsvorschlag, welcher auch die von dem Betriebenen angeführten Gründe enthalten soll, ist auf das Rechtsbot zu setzen. Bei liquiden Forderungen wird die Ertheilung des Rechtsvorschlages verweigert. Wird er nicht binnen der bestimmten Frist ausgewirkt, so kann er später nur gegen Deposition des geforderten Betrages in der Bezirksgerichtskanzlei ertheilt werden. Glaubt der Betreibende im Besitze einer liquiden Forderung zu sein, so kann er sich binnen drei Monaten, vom Datum der Versendung des Rechtsvorschlages an gerechnet, bei dem Bezirksgerichtspräsidenten, unter Vorweisung seines Forderungstitels und des Rechtsvorschlages, für Aufhebung des letztern (Rechtsöffnung) verwenden. Der Präsident vermerkt auf dem Rechtsbote, daß und

Digitized by Google

für welchen Betrag nebst Kosten er Rechtsöffnung ertheilt habe. Er versendet das Bot von sich aus dem betreffenden Betriebsbeamten, welcher, wenn kein Rekurs ergriffen, die Betreibung fortsetzt. Bei Herstellung der Liquidität der Forderung ist die Rechtsöffnung nur dann unbedingt abzuschlagen, wenn auch die Gründe der Zahlungsweigerung selbst wieder liquid sind. — —

Es gebricht uns an Raum, die weiteren überall höchst praktisch erscheinenden, Bestimmungen des Gesetzes mitzutheilen. Es ist der Berücksichtigung denkender Juristen und der Gesetzgeber werth. — Der Commentar desselben ist ganz vortrefflich. —

LXXI.

Juristische Zeitläufte.

Fortsetzung. (S. XIV, 335).

34.

Höchst uneigentlich spricht man von einer Preußischen Revolution von 1848. Eine eigentliche Revolution ist da nicht denkbar, wo die Gesetzgebungs- und Regierungs-Gewalt des Regenten unangefochten geblieben, wo von diesem die Aenderungen in den Staats-Einrichtungen angebahnt und genehmigt worden. Hat er einen neuen Mit-Faktor für die Gesetzgebung kreirt, sich mit seinem Lande statt des fingirten Staats-Vertrags des Naturrechts in ein wirkliches Vertrags-Verhältniß gesetzt, mit Volksvertretern, die Er wählen lassen und berufen hat, eine Staatsverfassung vereinbart, so sind das eben aus der Staatsgewalt hervorgegangene Verfügungen, vom Lande dankbar anzuerkennen, und völlig rechts-

Digitized by Google

lich. Die das Gegentheil behaupten, versuchen sträflicher Weise der Krone das Vertrauen zu entziehen, worauf sie doch ein vollständiges Recht hat. 1848 waren es die Wühler und hohlen Theoretiker, welche die Mitglieder der Berliner Nationalversammlung, die auf den Ruf der Krone eine Staatsverfassung mit derselben verabreden wollten, als „Vereinbarer" schimpften. Wenn man nun nachher die zwischen Land und Krone durch von der letzteren berufene Vertreter vereinigte und beschworene Verfassung nicht anerkennen will, so ist man eben erst recht revolutionär, von unten und von oben. Zugleich stellt man sich ein vollständiges Armuthszeugniß dadurch aus, unterwühlt den Boden des Gesetzes und Vertrauens. — Zu solchen Betrachtungen kommt man durch die Angriffe auf das Jagdgesetz vom 31. Oktober 1848. Dasselbe hat allerdings erworbene Rechte, über deren rechtlichen Ursprung theilweise die Erörterungen von Seibertz über das Westfälische Jagdrecht in unsrem Archiv zu vergleichen, ganz formell gültig aufgehoben, und die Entschädigung ausdrücklich versagt. Es ward unterzeichnet, während Berlin von Wrangels tapferen Schaaren besetzt, die Regierung in völliger Freiheit war, wie sie die andern Tage dem Lande sehr wohl bewiesen.

Nichts desto weniger ist nicht ausgeschlossen, daß die Regierung bei anerkannt hergestellter Ruhe, im Zustande auch allgemein anerkannter völliger Freiheit, die Entschädigungsfrage bei der Jagd in Erwägung zieht. Die Aufhebung selbst ohne Entschädigung ist mindestens moralisch nicht ungerechter, als z. B. d. früher ebenfalls ohne Entschädigung geschehene Aufhebung des Getränkezwangs. Der eine Akt der Gesetzgebung ist staatsrechtlich so heilig als der andere. Durch das Gesetz vom 17 April 1830 ward ja auch für die westlichen Provinzen der von der französischen Regierung aufgestellte Grundsatz, daß jeder Grundeigenthümer das ausschließende Recht der Jagd auf eigenem Grund und Boden habe, anerkannt, die Selbstausübung aber nur auf Grundstücken im Zusammenhange von 300 Morgen, oder auf dem vor 1798 von derselben Familie in zusammenhängendem Flä-

Digitized by Google

chenraume beſeſſenen Grundſtücken geſtattet. Der Akt der franzöſiſchen Geſetzgebung war juriſtiſch nicht mehr und nicht minder legal als der Preußiſche vom 31. Oct. 1848, nur freilich 32 Jahre älter, und ſonach durch Schillers: „Das Jahr hat eine heiligende Kraft," geſtützt.

Trotz allem dem verletzt es doch das Gefühl, daß die Jagdberechtigten am 31. Oct. 1848 ihre Jagdſervituten verloren haben, die ſie redlich, oft durch oneroſen Titel, unter dem Schutze der beſtehenden Geſetzgebung erworben hatten. Der Staatsgrundſatz des dominium eminens führt zu dem Anſpruche auf Entſchädigung. Es iſt immer traurig, wenn das gemeine Weſen das Bewußtſein eines verübten materiellen Unrechts in ſich tragen muß, das deutſche Gefühl zumal wird dadurch verletzt. Allerdings war es ungerecht, daß die frühere Geſetzgebung den Wildſchadens-Erſatz auf den durch hohes in ungewöhnlicher Menge gehaltenes Wild verurſachten beſchränkt hatte, ſtatt die actio de pastu allgemein zu geben, wie ſie z. B. im Herzogthum Weſtphalen in Folge eines heſſiſchen Geſetzes Stand fand. Allein daraus kann für den Geſetzgeber doch nur die Aufgabe folgen, bei der Entſchädigung den Jagdwerth in Unterſtellung des Wildſchadens-Erſatzes feſtſtellen zu laſſen.

Die Entſchädigung ſelbſt kann nur der Staat, der das Recht aufgehoben hat, zu leiſten verpflichtet ſein, nicht der Eigenthümer, deſſen paſſive Jagdſervitut durch das Geſetz ausdrücklich ohne Entſchädigung aufgehoben iſt, und der ſo lange Jahre die Nachtheile einer den Wildſchadens-Erſatz ſo gut wie ganz verſagenden Geſetzgebung tragen müſſen. Als erſter Fond dazu bieten ſich die Jagdſcheingelder dar, welche ohne allen gnügenden Grund den Kreiskaſſen, die auf ein ſolches Erträgniß des Eigenthums an und für ſich gar kein Recht haben, zugewieſen ſind. Im übrigen mag der Staat zulegen. Es iſt zu wichtig, den Grundſatz, daß erworbene Rechte nur gegen Entſchädigung aufgehoben werden können, feſtzuhalten. Auf der andern Seite würde aber die nachträglich den Eigenthümern aufzulegende Entſchädigung nur

Digitized by Google

eine neue Ungerechtigkeit sein, mit der man alles Unrecht nicht wieder gut machen kann. Daß man übrigens Gemeinden, deren Jagdrecht auf die Grundstücke ihrer Bürger in der Flur diesen zugefallen ist, nicht entschädigen wird, versteht sich von selbst.

35.

Lange vor unsrer s. g. Revolution wurde die Frage verhandelt, ob das Institut der Geschwornen-Gerichte für uns erwünscht sei. Es gehörte unter die sekundären Wünsche, da zuvorderst allgemeine Oeffentlichkeit und Mündlichkeit dringendstes Bedürfniß war. Die Revolution brachte uns mit diesen auch die Geschwornen-Gerichte. Sie wurden vorzüglich verlangt für Anschuldigungen von Verbrechen gegen die Staatsregierung und durch die Presse. Man hat sie durch neuere Gesetze in dieser Beziehung unschädlich gemacht, den Gerichten resp, einem Staatsgerichtshofe die Aburtheilung dieser Verbrechen überwiesen. — Wenn nun jetzt aber eine allgemeine Aufhebung der Geschwornengerichte verlangt wird, so trägt man dadurch der Bequemlichkeit mancher an Opferwilligkeit nicht großen Geschwornen Rechnung, wie denn wirklich letzthin beim Geschwornen-Colleg zu Hamm ein Versuch zur Erwirkung einer Addresse der Geschwornen gemacht worden. Zu Arnsberg ist er wenigstens mißlungen. — Es könnte nicht schaden, wenn man sich etwas in die Geschichte vertiefte. Im Mittelalter waren die Besitzenden des Volkes schöffenbar. Nur die Einführung der fremden Rechte machte die Schöffengerichte unwissend, und darum verordnete die Carolina, daß sie bei den Fakultäten sich Raths erholen sollten. Dadurch erhielten diese die Entscheidung von Recht und Faktum in die Hand, und interloquirten häufig auf die peinliche Frage, und natürlich konnte von einem Eindruck auf die Richter durch Autopsie keine Rede sein. Das ist nun vergangen; unsre Geschwornengerichte urtheilen auf persönliche Anschauung, die Richter bereiten ihnen die Sache vor. Ein nöthigender Grund, auch dieses Verfahren, was ja im Heere noch ungeschwächt besteht, aufzuheben, liegt nicht vor, und es ist

Digitized by Google

daher nicht zu wünschen, daß man sich zu solchen, durch kein nöthigendes Prinzip gebotenen Aenderungen entschließe. Durch die Geschwornen-Gerichte wird die Bildung der Bürger und das Rechtsbewußtsein im Volke befördert, und der Gesetzgebung mancher heilsamer Wink gegeben.

LXXII.

Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben v. Dr. L. Arndts, Dr. J. C. Bluntschli und Dr. J. Pözl, o. ö. Professoren der Rechte an der Ludwig-Maximilians-Universität. Erster Band. Erstes Heft. München. Literarisch-Artistische Anstalt. 1853. Preis eines Bandes von 30 Bogen in drei Heften per Heft 1 Fl. 20 Kr. oder 24 Ngr.) Heft I. 180 S.

Recension

von

Sommer.

Wir machen hier das juristische Publikum auf eine sehr wichtige Erscheinung aufmerksam. Es handelt sich um eine deutsche juristische Revue. Tüchtige Kräfte haben sich dazu in München verbunden, und planmäßige (gut honorirte) Beiträge sind nicht ausgeschlossen. Die Zeitschrift soll dem juristischen Publikum fortlaufenden kritischen Bericht erstatten über die wichtigeren Erscheinungen in unserer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, auf die erheblicheren Resultate und die Hauptrichtungen in Beiden

Digitized by Google

aufmerksam machen, ihren geistigen Werth und ihre praktische Bedeutung hervorheben, und zugleich vor Irrwegen und Mißgriffen warnen. Ihr Streben soll nicht ein negatives, sondern ein positives sein. Die historische und die philosophische Richtung in der Rechtswissenschaft erscheinen den Herausgebern als versöhnte und verquickte, ihnen ist die Historie ohne Leben, wenn ihr das Wesen des innern Geistes verschlossen bleibt, und die Philosophie eine Träumerin, wenn sie die leibhafte Gestattung der Dinge nicht beachtet, in denen der Geist sich offenbart. „Nur wo Historie und Philosophie sich die Hand reichen und engverbündet nach der Wahrheit suchen, geht die Erkenntniß in vollem Glanze auf.“ Von da aus ergibt sich die neue Anforderung an die deutsche Jurisprudenz, und damit eine beginnende neue Phase ihrer Entwickelung. Sie soll sich mehr und mehr losringen von den Banden einer tödtenden Büchergelehrsamkeit, mehr und mehr mit dem wirklichen Leben der Menschen in Uebereinstimmung setzen und seinen Bedürfnissen dienen. Die Jurisprudenz soll eine praktische Wissenschaft sein, keine bloße Schultheorie, noch ein Spiel müßiger Speculation. In diesem Geiste wird eine organische Fortbildung unsrer Wissenschaft angestrebt, in diesem Sinne soll auch die Gesetzgebung gefördert werden. — Die Zeitschrift soll den Gang der Wissenschaft — der so sehr fortgeschrittenen — und Gesetzgebung aufmerksam verfolgen, die Beziehungen der verschiedenen Werke zu der Gesammtentwickelung prüfen und über ihre organische Bedeutung und ihren Gehalt berichten. Beiträge von Rechtsgelehrten sind, wie oben schon bemerkt, erwünscht, am liebsten übersichtliche Darstellungen über die neuern Arbeiten auf einem bestimmten Felde. Wenn gleich das praktische Interesse vorzüglich vertreten werden soll, so werden Berichterstattungen auch über solche Werke, welche zunächst keine unmittelbare Beziehung auf die Gegenwart haben, darum doch nicht ausgeschlossen.

S. 1 (von Bluntschli) behandelt das sogenannte Schrifteigenthum, das Autorrecht. Besprochen im Zusammenhange sind

Digitized by Google

hier Renonard traité des droits d'auteurs 2 Tom. Jolly Lehre vom Nachdruck. (Muquardt: das literarische Eigenthumsrecht, der Nachdruck und das Wesen der Presse in Beziehung auf Journal- und Bücher-Literatur. (Brüssel, Leipzig 1850). Alf. Villeford de la propriéte littéraire artistique au poins de vue internationale. Paris 1851. Eine gediegene Darstellung. Sie schließt mit der Erwägung, daß zwar durch manchfache Verträge völkerrechtlich für allgemeinen Schutz des Autorrechts gesorgt, aber noch keine Gesetzgebung es gewagt habe, die einfachste und gerechteste Lösung, die wiederholt in neuerer Zeit beantragt worden, durch Sanction des allgemeinen Rechtsprinzips vorzunehmen, es sei das Autorrecht als ein der Person des Autors zugehöriges Recht auf ausschließliche Veröffentlichung seiner Werke, sowohl für einheimische als für fremde Autoren, und auch für auswärts gedruckte Werke der einen oder andern ohne alle Bedingung der Gegenseitigkeit, vollständig und gleichmäßig zu schützen. Dies wird aber auch schwerlich zu erwarten sein, da die deutsche Gutmüthigkeit nicht so weit gehen wird, sich des letzten Mittels, der Repreßalie, gegen fremden Nachdruck zu entäußern. — II. Prof. Dr. Windscheid behandelt S. 26 — 46 die Singular-Succession in Obligationen, aus Veranlassung der in unsrem vorigen Hefte auch schon besprochenen Schrift von Delbrück. Windscheid glaubt, daß Delbrück, indem er zugebe, daß die Obligation als solche unübertragbar sei, das Hinderniß, welches sich daraus auch für die Uebertragung von Forderungen und Schulden ergebe, nicht überwunden, sondern nur bei Seite geschoben habe — und ferner, daß die Succession, welche Delbrück aufstellt, dem Bedürfnisse gar nicht entspreche. — III. Ueber angelsächsische Rechtsverhältnisse mit besonderer Rücksicht auf: The Saxons in England, a history of the English commonweathtill the period of the Norman conquelst. By John Mihhell Kemble von Prof. Dr. Maurer. Die Recension erörtert die Grundlage der angelsächsischen Verfassung. 1. Die Landes- und Volks-Abtheilungen. Das Geschlecht. Die Mark

Digitized by Google

Die Hundert- und Zehntschaft. Die Volkschaft und die Sir. Die Gesammtbürgschaft, nach Marquardsen. 2. Der Grundbesitz. Der edhel. Das Folkland Das Laenland. Das Bocland. IV. Maurers Beiträge zur Rechtsgeschichte des germanischen Nordens. München 1852 Heft 2. Die Entstehung des irländischen Staats und seiner Verfassung. — V. Die neuesten Versuche deutscher Civilgesetzgebung von Prof. Dr. Arndts. Der Verf. theilt uns diese neueren Versuche mit. Zuerst den 1848 bei Brockhaus erschienenen Entwurf zu einem allgemein deutschen Civilgesetzbuch, nebst Motiven, von Friedr. Aug. Freiherr von Preuschen-Liebenstein, nassauischem Hofgerichtsrathe, bestehend aus 1566 §§. (S. 1 — 280) deren Motive auf S. 283 — 474 ausgeführt sind. Er beginnt damit: „Der Staat erkennt als selbstständige geistige Wesen, welche durch ihren Körper mit der Außenwelt in Verbindung stehen, nur Menschen.“! — Hr. Arndts tadelt mit Recht, daß wir eine Masse Einzelgesetzgebungen über bürgerliches Recht, insbesondere über das doch so sehr der Einheit würdige Handelsrecht erhalten sollen. Hessen (Großherzogthum) hat 1842 einen Anlauf zu einem bürgerlichen Gesetzbuch genommen, und 1851 über das Sachenrecht einen revidirten Entwurf veröffentlicht, nachdem ein besonderer Gesetz-Entwurf über Hypotheken und Erwerb von Grundeigenthum erschienen war. Jüngst auch auf einmal der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen nebst allgemeinen Motiven, und speciellen Motiven, die besonders im Druck erschienen. „In Bayern insbesondere scheint das seit 1808 immer wieder auftauchende Vorhaben eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches seit 1847 zu ruhen, auf tischhohen Entwürfen der vorhergehenden Jahrzehnte, wie sehr auch dort die Ansicht verbreitet ist, daß der Codex Maximilianeus nicht lange mehr sein hundertjähriges Jubiläum überleben sollte, daß wenigstens die liebenswürdige Buntscheckigkeit des Rechtszustandes innerhalb des Königreiches dringend Abhülfe begehre.“ — Vorzüglich fruchtbar an Versuchen im Gebiete der bürgerlichen Gesetzgebung ist die Schweiz, besonders der Kanton Zürich, den der

Digitized by Google

Verfasser so wie den Sächsischen (vorzüglich von Dr. Held) umständlicher bespricht, auch sich (S. 136) gegen die fortwährende subsidiäre Geltung des römischen Rechts ausspricht, wie sich wohl von selbst versteht, ohne darum dem römischen Rechte den Character der raison écrite zu entziehen. Es gebricht uns an Raum, die sehr eingehenden Betrachtungen des Herrn Verfassers auch nur zum Theil wiederzugeben. — Daß unser Bundestag es je zur Codification eines gemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs bringen werde, wie der §. 64 der seeligen deutschen Reichsverfassung vom 28. März 1849 aussprach, wird wohl Niemand im Ernste glauben. Es wird also bei unsrer Gesetzgebungsvielheit bleiben, was übrigens, da im Wesentlichen doch Einheit ist, unser größtes Unglück doch noch nicht ist. VI. Prof. Dr. Dollmann spricht zur neuesten Codification des Strafrechts, über das Preußische Strafrecht von 1850, den Bayerschen Entwurf von 1851, den Sächsischen von 1852. Es werden abgehandelt 1. Das System der Strafen. 2. Dolus und Culpa. 3. Der Versuch. 4. Theilnahme. — VII. Kurze Anzeigen 1. Gaupps deutsche Stadtrechte des Mittelalters Bd. I. II. Breslau 1851 52. Gengler. Deutsche Stadtrechte des Mittelalters. Erlangen 1852. 2. Dr. Herm. Jos. Friedr. Schulze. Das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenhäusern und seine Bedeutung für die deutsche Staatsentwicklung. Leipzig 1851. — 3. Bundesrechtliche Fragen, actenmäßig dargestellt. Halle 1851. 4. Aktenstücke zur neuesten Schleswig-Holsteinischen Geschichte. — P. Roth und Mark, Quellensammlung zum deutschen öffentlichen Rechte. Erlangen Bd. 1, 2. 1850 — 52.

Digitized by Google

LXXIII.

1. **Im Herzogthum Westphalen war vor Einführung der Landgemeinde-Ordnung vom 31. Oct. 1841 die Regierungsgenehmigung zu Beschlüssen der Gemeindevertretung, welche der Gemeinde Verpflichtungen, die ihr sonst nicht oblagen, auferlegten, erforderlich.**
2. **Die Annahme, der Regierung von der Gemeinde gemachter, Anerbieten durch die Abtheilung des Inneren der Regierung kann nicht zugleich als obervormundschaftliche Genehmigung des betreffenden Gemeindebeschlusses angesehen werden.**

Rechtsfall

mitgetheilt von

Sommer.

Die folgende Entscheidung spricht die oben ausgehobenen Grundsätze aus. Offenbar ist, was Nr. 2 betrifft, hier eine Lücke in dem bisherigen Communal-Aufsichts-Organismus, da die Abtheilung des Inneren der Regierung zugleich den Chausseebau und die Curatel über die Gemeinden führte (und noch führt) und die vom Decernenten in der einen Angelegenheit (hier zufällig vom

Digitized by Google

Chausseebau-Decernenten) extrahirten Beschlüsse allgemein unter dem Collectiv-Namen der Regierungs-Abtheilung des Innern ausgefertigt werden. — Die 1ste Entscheidung kann in der Ausführung zu Schwierigkeiten rücksichtlich der Begrenzung führen.

Im Namen des Königs!

In Sachen der Gemeinde Bigge, Verklagte und Appellantin, wider den Königl. Wegebaufiskus, vertreten durch die Königl. Regierung zu Arnsberg, Kläger und Appellaten, hat der Civil-Senat des Königl. Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 3. September 1853, an welcher Theil genommen haben: der Appellationsgerichts-Präsident Nötel, die Appellationsgerichtsräthe Dr. v. Bamwarth, Schmidt, Stündeck und Hülsmann, für Recht erkannt:

daß der vom Kläger der Klage zum Grunde gelegte Vertrag vom 3. Juli 1828 für die verklagte Gemeinde nicht für rechtsverbindlich zu erachten und der Kläger mit der Klage abzuweisen, von den Kosten beider Instanzen die gerichtlichen jedem Theile zur Hälfte aufzuerlegen, die außergerichtlichen zu compensiren, die dem Kläger zur Last fallenden gerichtlichen Kosten außer Ansatz zu lassen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Im Jahre 1826 erkannte die Königl. Regierung zu Arnsberg die Nothwendigkeit, die gebirgigten Theile des Briloner Kreises mit der Chaussee der Kreise Meschede und Brilon in Verbindung zu setzen.

Die Linie von Nuttlar über Bigge und Olsberg bis Niedersfeld und weiter ins Ruhrthal hinein schien die passendste.

Obschon nun die Verordnungen vom 14. Januar 1769 und 15. Novbr. 1807. Bestimmungen über Verpflichtungen bei Wegebauten enthielten, so zog es die Königl. Regierung doch vor,

Digitized by Google

die Gemeinden, durch deren Gebiet der Weg laufen sollte, zur freiwilligen Uebernahme derjenigen Leistungen zu bewegen, welche die Regierung für angemessen hielt. Der Regierungs-Rath Liebrecht wurde daher von ihr beauftragt, Unterhandlungen mit den betreffenden Gemeinden anzuknüpfen und verfügte sich zu diesem Zwecke auch nach Bigge.

In dem von ihm am 3. Juli 1828 aufgenommenen Protokoll erklären für die Gemeinde Bigge der Bürgermeister Martini und die Orts-Deputirten Hengsbach und Plugge einstimmig, wie die Gemeinde Bigge die Anfertigung der Erdarbeit ausführen wollte, desgleichen stimmten der Bürgermeister Martini und der Orts-Deputirte Plugge für die Uebernahme der Grundentschädigung von Seiten der Gemeinde Bigge, hingegen lehnte der Orts-Deputirte Hengsbach die Uebernahme der Grundentschädigung gänzlich ab.

In der darauf erlassenen Verfügung vom 22. Juli 1828, welche sich auch noch auf die von andern Gemeinden geschehenen Anerbietungen bezog, eröffnete die Königl. Regierung dem Landrathsamte zu Brilon, daß die von den einzelnen Gemeinden, namentlich auch von der Gemeinde Bigge gemachten Offerten acceptirt wurden, und beauftragte den Landrath, die Gemeinden davon in Kenntniß zu setzen, was nach klägerischer Behauptung auch geschehen ist. Wegen der übernommenen Dammarbeiten wurde der Gemeinde die Wahl gelassen, dieselben entweder selbst anzufertigen, oder für ihre Rechnung verdingen zu lassen.

Die Gemeinde wählte den Weg des Verdings. Die anfänglich auf 24 Fuß Breite veranschlagte Straße wurde später durch höhere Bestimmung auf 50 Fuß erweitert und in dieser Art ausgeführt.

Nach der klägerischerseits übergebenen Berechnung betragen d. Kosten für d. Ausführung des Planums 722 Thlr. 1 Sgr. 11 Pf.
die Kosten des Grundschadens . . . 479 - 1 - 4 -
Summa 1201 Thlr. 3 Sgr. 3 Pf.

Bei Berechnung dieser Kosten ist aber nach ausdrücklicher

Digitized by Google

Angabe des Klägers nur derjenige Betrag in Ansatz gebracht worden, welcher sich bei der ursprünglichen Breite von 24 Fuß herausgestellt hat.

Der Wegebaufiskus, vertreten durch die Königl. Regierung zu Arnsberg, behauptet, die oben bemerkten 1201 Thlr. 3 Sgr. 3 Pf. vorgelegt zu haben, und beansprucht den Ersatz derselben von der verklagten Gemeinde zunächst auf Grund des Vertrages vom 3. Juli 1828, stützt diesen Anspruch aber auch auf die Verordnung vom 14. Januar 1769 und 15. Novbr. 1807, indem auch abgesehen von dem Vertrage, die Gemeinde Bigge verpflichtet gewesen sei, wenigstens die Grundentschädigung und die nicht artificiellen Arbeiten zu übernehmen, die auch bei einem einfachen Polizeiwege vorkommen.

Wegen der Gültigkeit des behaupteten Vertrages beruft sich der Wegebaufiskus auf die Bestimmungen der Kabinetsordre vom 30. Mai 1841 und trägt, da hiernach der Vertrag für die verklagte Gemeinde verbindlich sei, die Verklagte aber diesem Uebereinkommen nicht Genüge leisten wolle, darauf an, die Verklagte zur Zahlung der vorgelegten Planumskosten und Entschädigungsgelder ad 1201 Thlr. 3 Sgr. 3 Pf. nebst 5 Prozent Zinsen vom Tage der Klage abzüglich einer darauf geleisteten Zahlung von 65 Thlr. 18 Sgr. und nebst Kosten zu verurtheilen, wobei jedoch die alten Zinsen vorbehalten worden sind.

Die Gemeinde Bigge hat die Forderung des Klägers überhaupt bestritten und auf Abweisung der Klage angetragen, eventuell hat sie eine höhere Zahlung behauptet, als klägerischerseits angegeben worden ist, vor Allem stellt Verklagte es in Abrede, daß ein gültiger Vertrag vorliege, denn die Gemeinde sei bei der Verhandlung vom 3. Juli 1828 nicht gehörig vertreten gewesen.

Der Bürgermeister und die beiden Orts-Deputirten hätten zu ihrer Legitimation eines förmlichen Gemeindebeschlusses bedurft, und außerdem fehle der ganzen Verhandlung die Bestätigung der Oberaufsichtsbehörde, die aus der Regierungsverfügung vom 22.

Digitized by Google

Juli 1828 nicht zu entnehmen sei; dazu komme noch, daß die Regierung später statt des chaussirten Communalweges die jetzt als Staatsstraße bestehende Ruhrstraße, also eine ganz andere Anlage, als wozu die Beklagte die streitigen Beiträge übernommen haben solle, zur Ausführung gebracht habe.

Von beiden Theilen wurde nun die Frage, ob der Vortrag vom 3. Juli 1828 für die Verklagte bindend sei, zur präjudiziellen Entscheidung gestellt; Beklagte hatten aber vorab noch die Vorlegung der Originalien der nur abschriftlich beigebrachten Schriftstücke vom 3. und 22. Juli 1828 verlangt, auch bestritten, daß Hengsbach und Plugge, welche in der Verhandlung vom 3. Juli 1828 als Orts-Deputirte aufgeführt worden sind, als solche bestellt wären. Die Originalien jener Schriftstücke wurden vorgelegt und anerkannt und in Betreff der Legitimation der beiden Orts-Deputirten Verwaltungsacten beigefügt. Die erste Abtheilung des Königl. Kreisgerichts zu Brilon erkannte sodann am 18. November 1852 auf Verwerfung des seitens der verklagten Gemeinde gegen die Rechtsbeständigkeit des vom Kläger der Klage zum Grunde gelegten Vertrages vom 3. Juli 1828 erhobenen Präjudizial-Einwandes.

Gegen dieses Erkenntniß hat die Beklagte zeitig Appellation eingelegt und darauf angetragen, das erste Erkenntniß aufzuheben und die Klage compensatis expensis abzuweisen.

Die Appellation ist begründet, und es mußte nach Antrag der Beklagten auf Grund des erhobenen Präjudizialeinwandes auf Abweisung der Klage erkannt werden.

Für die vorliegende Sache sind die Bestimmungen der Cabinetsordre vom 30. Mai 1841, welche erlassen worden ist, um die Zweifel zu beseitigen, die über die Rechtsbeständigkeit der von Stadt- und Landgemeinden im Herzogthum Westfalen durch die Vertreter derselben abgeschlossenen Rechtsgeschäfte entstanden sind, entscheidend.

Nach dieser Cabinetsordre sollen diejenigen Rechtsgeschäfte, welche seit der Bekanntmachung der Großherzoglich Hessischen

Digitized by Google

Verordnung wegen Organisation der Ortsvorstände in den Städten und Freiheiten und der Communal-Instruktion vom 29. Februar 1812 bis zum Schlusse des Jahres 1839. Namens der Stadt- und Landgemeinden des Herzogthums Westfalen geschlossen sind, ferner von keinem der Betheiligten aus dem Grunde als ungültig angefochten werden, weil dabei die Vorschriften der Kur-Kölnischen Verordnung vom 28. Mai 1794 wegen Aufnahme der Gemeinde-Vollmachten unberücksichtigt geblieben, oder weil darüber ein förmlicher Gemeindebeschluß unter Zuziehung aller oder der Mehrheit der Mitglieder nicht zu Stande gekommen sei. Es soll vielmehr zur Aufrechthaltung solcher Geschäfte genügen, wenn dabei alle sonstigen in der genannten Verordnung vom 1. Juni 1811, der Kommunal-Rechnungs-Instruktion vom 29. Februar 1812 und der Instruktion für die Schultheißen vom 18. Januar 1808 vorgeschriebenen Erfordernisse beachtet worden.

Der Richter erster Instanz hat hiernach angenommen, daß die Gemeinde Bigge bei der Verhandlung vom 3. Juli 1828 durch den Bürgermeister und die beiden Orts-Deputirten gehörig vertreten worden sei, und darin muß ihm beigestimmt werden.

An die Stelle des ehemaligen Schultheißen kann selbstredend nur der Bürgermeister getreten sein, und nach §. 1, 66, 75 der Instruktion vom 18. Juni 1808 war der Schultheiß der erste Ortsvorgesetzte, der erste Ortsvorstand und Stellvertreter der Gemeinde in allen denen Fällen, wo dieselbe als Parthei auftritt. Nach §. 77 hat er zwar in Gemeinheitsangelegenheiten von Wichtigkeit die Eingesessenen zusammen zu berufen, ihnen die Sache vorzustellen und ihre Meinung darüber zu vernehmen; allein aus dieser Bestimmung erhellt nicht die Nothwendigkeit und die bindende Kraft eigentlicher Gemeindebeschlüsse.

Die Verordnung vom 1. Juni 1811 bestimmt für Städte und Freiheiten die Wahl eines Gemeinderaths; die Instruktion vom 29. Februar 1812 hingegen für Dorfgemeinden die Wahl von zwei, und nur für größere Dorfschaften von drei Deputirten, weshalb, zumal eine Ausnahme

Digitized by Google

nicht behauptet worden, die Gemeinde Bigge durch den Bürgermeister und die beiden Deputirten zur Genüge vertreten war. Auch geht aus den beigefügten Verwaltungsacten, namentlich dem Bericht vom 6. Juni und der landräthlichen Verfügung vom 20. August ejd., sowie dem Verpflichtungs-Protokoll vom 3. Septb. 1822 und dem späteren Berichte vom 1. Januar 1829 genugsam hervor, daß Plugge und Hengsbach zu Deputirten gewählt waren und als solche in den Jahren 1827 bis 1829 fungirten.

Der Beklagte hat aber in zweiter Instanz noch namentlich darauf Gewicht gelegt, daß der Orts-Deputirte Hengsbach die Grundentschädigung abgelehnt hat, daß auch die Deputirten, obgleich ihnen die Vortheile, die der Gemeinde Bigge durch die Wegeanlage zugeführt würden, auseinandergesetzt und ihnen bemerklich gemacht wurde, daß erforderlichen Falls die Eingesessenen angehalten werden würden, die Anfuhr der Befestigungs-Materialien unentgeltlich zu leisten, zu deren Uebernahme nicht zu bewegen waren, da sie erst mit den einzelnen Gemeindegliedern sich deshalb benehmen müßten. Hieraus will Beklagte herleiten, daß nach dem Protokoll vom 3. Juli 1828 nur Tractaten vorhanden wären.

Allein die Königl. Regierung sagt in der Verfügung vom 22. Juli 1828., die Gemeinde habe sich zur Anfertigung der Dammarbeit und Uebernahme der Grundentschädigung bereit erklärt. Diese Erbietungen werden in jener Verfügung von der Königl. Regierung angenommen, folglich scheidet die Anfuhr der Befestigungs-Materialien aus, und Gegenstand des Uebereinkommens ist nur die Dammarbeit und Grundentschädigung. Auf den einseitigen Widerspruch des Deputirten Hengsbach bei der Grundentschädigung kann es aber nicht ankommen, da die Gemeinde durch den Bürgermeister und die beiden Deputirten gehörig vertreten war, und abgesehen von den nach der Instruktion vom 18. Juni 1808 den Schultheißen verliehenen Befugnissen unter den drei Personen, die die Vertretung bildeten, gesetzlich die Stimmenmehrheit entschied, da es nach der ausdrücklichen Bestimmung der

Digitized by Google

gedachten Kabinetsordre eines förmlichen Gemeindebeschlusses nicht bedarf.

Wenn nun auch hiernach, wie auch der erste Richter annimmt, zwischen der Gemeinde Bigge und dem Wegebaufiskus eine Uebereinkunft in Gefolge jenes Protokolls vom 3. Juli 1828 gethätigt worden ist, so kann doch der Ansicht des ersten Richters, daß ein vorliegender Fall zur Gültigkeit des Uebereinkommens keine Genehmigung der Königl. Regierung als Oberaufsichtsbehörde der Gemeinde Bigge erforderlich, jedenfalls aber dieselbe durch die Verfügung vom 22. Juli 1828 ertheilt sei, nicht beigetreten, und deswegen muß das erste Erkenntniß abgeändert werden.

Die Kabinetsordre vom 30. Mai 1841 entscheidet nur über die Gültigkeit der Vertretung der Gemeinden, die Frage, ob die Rechtsgeschäfte, wenn auch die Gemeinden richtig vertreten waren, noch einer Genehmigung der Regierung als der Oberaufsichtsbehörde bedurften, ist nach den in der Kabinetsordre allegirten früheren Verordnungen besonders zu entscheiden.

Schon nach der Verordnung vom 30. Mai 1805 bedurften die Gemeinden zur Aufnahme von Kapitalien der Genehmigung der Regierung. Diese Bestimmung ist im §. 46 der Instruktion vom 29. Februar 1812 wiederholt, und zufolge dieser Instruktion war die Genehmigung der Regierung noch erforderlich bei Prozessen §. 33 d., bei Veräußerungen §. 52, sodann noch §. 53 bei Tauschkontrakten und noch §. 54 alsdann, wenn die Gemeinde etwas titulo oneroso erwerben wollte; eben so nach §. 68 bei Schenkungen, die nur dann bei der Regierung in Antrag gebracht werden durften, wenn eine mit außerordentlichem Vortheil für die Commune verbundene Handlung eine Aufmunterung zur Nachahmung verdiente, die Gemeinde nicht allein schuldenfrei war, sondern auch einen disponiblen und entbehrlichen Geldüberschuß hatte; auch ist nach §. 76 zur Erhebung von Beiträgen und Umlagen die Einwilligung der Regierung erforderlich.

Nun sagt die Königliche Regierung in der Verfügung vom

Digitized by Google

22. Juli 1828 selbst, daß die von den Gemeinden, nämlich von der Gemeinde Bigge im Protokolle vom 3. Juli 1828 geschehenen Erbietungen mehr ausmachten, als man auf den Grund der Wegeordnung von diesen Gemeinden billig verlangen könne, deswegen werden diese Erbietungen überall angenommen und der Landrath wird angewiesen, solches denselben beifällig zu eröffnen.

Wenn also die Gemeinde auch durch die Wegeanlage Vortheile erwarb, so erwarb sie dieselben jedenfalls titulo oneroso, ja nach dem Ausdruck, dessen sich die Regierung bedient, liegt in den Offerten der Gemeinde eigentlich eine Freigebigkeit. Der oben angeführte §. 52 erfordert die Genehmigung der Regierung nicht allein bei Veräußerung von Grundstücken, sondern auch bei Veräußerungen von Rechten oder Einkünften, und es ist gar nicht dargethan, daß zur Realisirung der Offerten in der Gemeinde disponible Gelder vorhanden waren, weshalb voraussichtlich die Uebernahme zu einer Veräußerung von Einkünften oder zur Erhebung von Beiträgen und einer Umlage führen mußte.

Daß also im vorliegenden Fall die Genehmigung der Regierung erforderlich war, erhellt schon aus den vorerwähnten Bestimmungen. Es geht aber außerdem auch noch aus §. 54 der gedachten Instruktion hervor, daß in dem dort bemerkten Falle der Großherzogliche Beamte vorab über die etwaigen Vortheile und Nachtheile eine Untersuchung vornehmen und alsdann über die Ertheilung der Genehmigung an die Regierung berichten sollte.

Die Nothwendigkeit der Genehmigung der Regierung als der Aufsichtsbehörde der Gemeinde wird um so weniger bezweifelt werden können, als nach §. 15 der Instruktion vom 1. Juni 1811 in Städten und Freiheiten die Beschlüsse des Gemeinderaths überhaupt der höheren Genehmigung bedurften, mithin die hier gegebene Auslegung der obigen Stellen jener Verordnungen eine bedeutende Analogie für sich hat.

Eine solche Genehmigung ist aber in der Verfügung der Königlichen Regierung vom 22. Juli 1828 nicht zu finden. Kläger sagt zwar schon in der Klage, die Offerten wären in dieser

Digitized by Google

Verfügung von der Regierung angenommen und genehmigt, allein die Königliche Regierung sagt in derselben nur, daß die Offerten von ihr angenommen würden, nicht daß sie solche genehmige. Der erste Richter will, weil die Propositionen von der Oberaufsichtsbehörde selbst ausgingen, eine stillschweigende Genehmigung seitens der Königl. Regierung in Betreff des Abschlusses des hier in Rede stehenden Abkommens annehmen. Allein eine solche stillschweigende Genehmigung einer Oberaufsichtsbehörde giebt es nicht, sondern sie muß ausdrücklich ertheilt werden. Im vorliegenden Falle kann es darauf, daß sowohl der Wegebaufiskus, als auch die Interessenten von der Königl. Regierung als einer und derselben Behörde vertreten werden, um so weniger ankommen, als die Königliche Regierung blos eine Annahme der geschehenen Anerbietungen ausgesprochen hat, dadurch der Gemeinde als der andere Contrahent gegenüber trat, welches um so klarer ist, als sie selbst zum Motive anführt, die Gemeinde habe mehr übernommen, als man nach der Wegeordnung billig fordern könne. Die Königl. Regierung scheint hiernach vielmehr selbst von der Ansicht ausgegangen zu sein, daß ihre Genehmigung als der Oberaufsichtsbehörde nicht erforderlich sei.

Da diese aber, wie oben gezeigt worden, nothwendig war, so ist der der Klage zum Grunde gelegte Vertrag vom 3. Juli 1828 für die Verklagte Gemeinde unverbindlich, und dadurch rechtfertigt sich auch die von der Beklagten beantragte Abweisung der Klage; denn dieselbe ist, so wie der Klageantrag auf Zahlung der von der Gemeinde in Gefolge dieses Uebereinkommens geforderten Summe gerichtet, darnach auch die ganze Forderung aufgestellt und begründet. Die in der Replik hinsichtlich der Beträge geschehene Beweisangabe bezieht sich nur auf die auf den Grund des Uebereinkommens angefertigte Berechnung, und es ist nirgends von einer Liquidation nach der Wegebauordnung entsprechender Repartition die Rede, welche doch erforderlich gewesen wäre, wenn die Bezugnahme auf die Verordnungen vom 14.

Digitized by Google

Januar 1769 und 15. November 1807 irgend ein Gewicht für die Klage selbst hätte gegeben werden sollen.

Auch sind die in der Verfügung vom 22. Juli 1828 bezeichneten von einzelnen Gemeinden übernommenen Beiträge ungleich. Mit der aus obigen Gründen wegfallenden Rechtsverbindlichkeit jenes Uebereinkommens zerfällt daher auch der Grund der Klage, somit die Klage selbst.

Einer Erörterung des Einwandes der Beklagten, daß die Wegeanlage durch die spätere Erweiterung der Straße eine andere geworden sei, bedarf es daher nicht weiter, wiewohl diesem Einwande entgegensteht, daß die Königliche Regierung selbst erklärt hat, daß ihre Forderung nur nach der ursprünglich angenommenen Breite des Weges berechnet sei.

Aus diesen Gründen war unter Abänderung des ersten Erkenntnisses wie geschehen zu erkennen, und nach §. 6 Thl. I. Tit. 23 der allgem. Ger. Ord., so wie nach §. 4 und 9 des Gesetzes von 10. Mai 1851 mußte der Kostenpunkt wie geschehen bestimmt werden.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

Digitized by Google

Curth'sche Buchdruckerei in Arnsberg.

Digitized by Google

LXXIV.

Ueber die Befreiung periodischer Druckschriften von der Kautionsbestellung nach §. 17 des Gesetzes über die Presse vom 12. Mai 1851, ob nämlich die §. 17 bewilligte Cautionsfreiheit auch solchen Blättern zu gut komme, welche für Familien-Nachrichten, Bekanntmachungen u. s. w., und zugleich für reinwissenschaftliche, technische oder gewerbliche Gegenstände bestimmt sind.

Zwei Rechtsfälle,
mitgetheilt von
Herrn Appellationsgerichts-Rath **Pape** zu Insterburg.

Durch das Gesetz über die Presse vom 17. März 1848 (G. S. S. 69) wurde die Censur aufgehoben, zugleich aber Kautionen für Zeitungen und Zeitschriften eingeführt.

„§. 4. Für periodisch erscheinende Schriften gelten folgende Bestimmungen:

a) Wer fortan eine Zeitschrift in kürzeren oder monatlichen Fristen herausgeben will, ist verpflichtet, vor der Herausgabe: — b) eine Kaution zu bestellen, deren Höhe, wie folgt, bestimmt wird. — Befreit von der Kautionsbestellung bleiben die bei Erlaß dieses Gesetzes bestehenden periodischen Blätter, so wie diejenigen, welche ausschließlich

Digitized by Google

mathematischen, naturwissenschaftlichen, geographischen, medizinischen, musikalischen oder rein gewerblichen Gegenständen gewidmet sind."

Noch ehe aber diese Bestimmung zur Ausführung kam, erschien die Verordnung vom 6. April 1848 (G. S. S. 87) „über einige Grundlagen der künftigen Preußischen Verfassung," wodurch auch die im §. 4 № 1 des Gesetzes vom 17. März enthaltenen Vorschriften über die Kautionsbestellung aufgehoben wurden. Die demnächst erlassene Verfassungs-Urkunde vom 5. Dezember 1848 (G. S. S. 375) sagt — enthält rücksichtlich der Presse folgende Bestimmungen:

Art. 24 „Jeder Preuße hat das Recht durch Wort, Schrift, Druck und bildliche Darstellung seine Gedanken frei zu äußern. Die Preßfreiheit darf unter keinen Umständen und in keiner Weise, namentlich weder durch Censur, noch durch Konzessionen, oder Sicherheitsbestellungen, weder durch Staatsauflagen, noch durch Beschränkungen der Druckereien und des Buchhandels, noch endlich durch Postverbote und ungleichmäßigen Postsatz oder durch andere Hemmungen des freien Verkehrs beschränkt, suspendirt oder aufgehoben werden."

Art. 25. „Vergehen, welche durch Wort, Schrift, Druck oder bildliche Darstellung begangen worden, sind nach den allgemeinen Strafgesetzen zu bestrafen. Vor der erfolgten Revision des Strafrechts wird darüber ein besonderes vorläufiges Gesetz ergehen. Bis zu dessen Erscheinen bleibt es bei den jetzt geltenden allgemeinen Strafgesetzen."

Diesem letzteren Artikel entsprechend wurde der zweiten Kammer der Entwurf eines Gesetzes über die Presse unterm 8. März 1849 vorgelegt. (Stenographische Berichte über die Verhandlungen der II. Kammer S. 65 und 115); da jedoch die Auflösung der II. Kammer schon am 27. April erfolgte, so kam es zur Berathung darüber in der Kammer selbst nicht. Vor dem Wiederzusammentritt der Kammer erschien die octroyirte Verord-

Digitized by Google

nung vom 30. Juni 1849 (G. S. S. 226). Weder in dieser noch in jenem Entwurfe waren Bestimmungen wegen der Kautionsbestellungen enthalten, durch die ferner octroyrte Verordnung vom 5. Juni 1850. (G. S. S. 329) wurden sie aber aufs neue vorgeschrieben:

§. 4. „Wer eine Zeitung oder Zeitschrift in monatlichen oder kürzeren, wenn auch unregelmäßigen Fristen herausgeben will, ist verpflichtet, vor der Herausgabe eine Kaution zu bestellen."

§. 7. Periodische Blätter, welche lediglich

a. für amtliche Bekanntmachungen,

b. unter Ausschließung aller politischen und socialen Fragen für rein wissenschaftliche oder technische Gegenstände, Familiennachrichten, Anzeigen über öffentliche Vergnügungen, über Verkäufe, über gestohlene, verlorene oder gefundene Sachen und ähnliche Nachrichten für den gewerblichen Verkehr bestimmt sind, bleiben von der Kautionsbestellung befreit."

Diese Verordnung, so wie die vom 30. Juni 1849 wurde den Kammern nach ihrem Zusammentritt zur nachträglichen Genehmigung, zugleich mit einem neuen Gesetz-Entwurfe vorgelegt. Aus den demnächstigen Beschlüssen beider Kammern, unter Zustimmung der Regierung, ging das Gesetz vom 12. Mai 1851 (G. S. S. 273) hervor, welches folgende Bestimmungen enthält:

§. 11. „Wer eine Zeitung oder Zeitschrift in monatlichen oder kürzeren, wenn auch unregelmäßigen Fristen herausgeben will, ist verpflichtet, vor der Herausgabe eine Kaution zu bestellen."

§. 17. „Von der Kautionsbestellung sind befreit periodische Druckschriften, welche

1. lediglich amtliche Bekanntmachungen, Familiennachrichten, Anzeigen aus dem Gewerbeverkehr über öffentliche Vergnügungen, Verkäufe, gestohlene, verlorene oder gefundene Sachen oder ähnliche Nachrichten des täglichen

Digitized by Google

Verkehrs enthalten, oder unter Ausschluß aller politischen und socialen Fragen, für rein wissenschaftliche, technische oder gewerbliche Gegenstände bestimmt sind;

2. von den Kammern oder Königl. Behörden herausgegeben werden."

Dieser letztere §. ist sehr verschieden ausgelegt worden, und namentlich in jüngster Zeit selbst von dem höchsten Gerichtshofe, wie die beiden nachfolgenden Erkenntnisse ergeben, von denen das letztere, nach der Vereinigung des Revisions- und Kassationshofes mit dem Obertribunal ergangen, dem erstern grade zu entgegensteht. Sehen wir auf die Entstehungsgeschichte, so ergeben die Materialien darüber Folgendes:

Der den Kammern zugleich mit den octroyrten Verordnungen vom 30. Juni 1849 und 5. Juni 1850 vorgelegte Entwurf eines Preßgesetzes lautete:

§. 14. „Wer eine Zeitung oder Zeitschrift in monatlichen oder kürzeren, wenn auch unregelmäßigen Fristen herausgeben will, ist verpflichtet, vor der Herausgabe eine Kaution zu bestellen."

§. 21. „Von der Kautionsbestellung bleiben befreit periodische Blätter, welche

a. lediglich für amtliche Bekanntmachungen,

b. unter Ausschluß aller politischen und socialen Fragen für rein wissenschaftliche, technische oder gewerbliche Gegenstände bestimmt sind;

c. lediglich Familien-Nachrichten, Anzeigen aus dem Gewerbe, Verkehr, über öffentliche Vergnügungen, Verkäufe, gestohlene, verlorene oder gefundene Sachen oder ähnliche Nachrichten des täglichen Verkehrs enthalten,

d. Druckschriften, welche von den Kammern oder Königl. Behörden herausgegeben werden."

Ueber den §. 14 war man aller Seits einverstanden und wurde dieser als §. 11 in das Gesetz aufgenommen. Rücksichtlich des §. 21 lautet der Bericht der Kommission der I. Kam-

Digitized by Google

mer, welcher die Regierungsvorlagen zuerst zugingen: Die hier vorgeschriebene Befreiung gewisser periodischer Blätter von der Kautionsbestellung führte zu einer lebhaften Diskussion, welche sich an die Frage anlehnte: ob nicht auch die schönwissenschaftlichen (belletristischen) Zeitschriften von der Kautionsbestellung auszuschließen sein möchten. Für diese Milderung des Gesetzes wurde hervorgehoben, daß in den politischen Bewegungen der letzten Jahre fast alle Literatur-Zeitungen und schönwissenschaftliche Blätter untergegangen seien, und daß an ein Wiederaufblühen der Journal-Literatur unter dem Druck der Kautionspflicht nicht gedacht werden könne. Die Beseitigung dieses Druckes liege im wohlverstandenen Interesse der Regierung eines intelligenten Staates und werde außerdem durch die Rücksichten geboten, welche man den arbeitenden Klassen der Nation schulde. Je mehr zu wünschen sei, daß denselben das Gebiet der Politik im engern Sinne möglichst entrückt werde, weil dieselbe auf die minder gebildete Volksklasse nicht fördernd, sondern verwirrend wirke, um so empfehlungswerther sei eine Erleichterung in der Kautionspflicht derjenigen Blätter, welche in den gedachten Klassen zur Erheiterung dienen und ihnen die ihrem Bildungsgrade angemessenen günstigen Produktionen zuführen können. — Eine weitere Erwägung war der Frage zugewendet, ob es nicht vorzuziehen sei, statt der Bezeichnung „mit Ausschluß aller politischen und socialen Fragen für rein wissenschaftliche technische und gewerbliche Gegenstände" die nach der Absicht des Gesetzgebers von der Kautionsbestellung befreit bleibenden periodischen Blätter in der Weise aufzuzählen, wie dies das Gesetz über die Presse vom 17. März 1848 dahin gethan hat: „Befreit von der Kautionsbestellung bleiben diejenigen periodischen, Blätter, welche ausschließlich mathematischen, naturwissenschaftlichen, geographischen, medizinischen, musikalischen oder rein gewerblichen Gegenständen gewidmet sind." Für die Abänderung des Entwurfes wurde die Schwierigkeit in der Anwendung des Gesetzes auf den Begriff: „rein wissenschaftliche," und der Zweifel geltend gemacht, ob darunter

Digitized by Google

das religiöse Gebiet mit begriffen oder ob ein Blatt rein kirchlichen und religiösen Inhalts dennoch von der Kautionsbestellung ausgeschlossen sei. In dem Schooß der Kommission haben jedoch diese Erwägungen zu einem Abänderungs-Vorschlage in der einen oder andern Richtung nicht geführt. Dem wohlbegründeten Wunsche, die rein belletristischen Zeitungen und Zeitschriften von der Kautionspflicht zu befreien, tritt die Erfahrung entgegen, daß sich die Besprechung der socialen Frage in das Gewand von Dorfgeschichten geflüchtet hat, in der Form von Novellen im Jahre 1848 und später der Kommunismus geprebigt worden ist. Der Umstand, daß derartige Erzählungen in Feuilletons periodischer Blätter, heut abgebrochen, morgen fortgesetzt, verbreitet zu werden pflegen, schwächt nicht ihre verderbliche Einwirkung, sondern erhöht sie durch den anhaltenden Reiz der Spannung, wie dies beispielsweise in bekannten französischen Romanen im hohen Grade der Fall gewesen ist, die zunächst als Feuilleton eines Journals erschienen. So fordert auch hier ein Anderes das Prinzip, ein Anderes die Praxis und das Leben. — Was sodann die aus der Bezeichnung der kautionsfreien periodischen Blätter hergeleiteten Bedenken betrifft, so scheinen dieselben ihre Erledigung in der Betrachtung zu finden, daß die Form der Behandlung des Gegenstandes einen sicheren Maaßstab an die Hand gibt. Ist die Behandlung eine rein wissenschaftliche, betritt sie nicht den Boden des Populairen, so unterliegen die betheiligten Blätter, in so ferner sie nur nicht politische und sociale Fragen zum Gegenstande haben, der Kautionspflicht nicht, sie werden aber kautionspflichtig, wenn sie dieses Gebiet verlassen, den „rein wissenschaftlichen" Karakter ablegen und sich einer anderen Behandlung des Gegenstandes zuwenden. Die von dem Gesetzgeber nach dem wissenschaftlichen Standpunkte gezogene Gränze gibt übrigens der Regierung nur das Recht, legt ihr aber keineswegs die Pflicht auf, ein Blatt, das jene Gränzscheide einmal überschritten, zur Kautionsbestellung heranzuziehen, während sonst kaum etwas Anderes übrig geblieben wäre, als alle Zeitschriften, auch die rein

Digitized by Google

wissenschaftlichen, mit Kaution zu belegen und somit weiter zu gehen, als sich nach den bisherigen Erfahrungen rechtfertigen würde. Das Moderamen liegt hier, wie bei der Gesetzgebung überhaupt, in der Anwendung."

Die Kommission sprach sich hiernach für die Beibehaltung des §. 21. des Entwurfs aus und schlug nur eine etwas veränderte Fassung vor, welche sie aber später zurück nahm. Die Kammer selbst trat dem bei, unter Verwerfung der gestellten Anträge, welche die Worte: „unter Ausschluß aller politischen und socialen Fragen" gestrichen und hinter „wissenschaftliche" noch die Worte: „belletristische" gesetzt haben wollten; und so blieb es bei dem Regierungs-Entwurfe, mit der Ausnahme, daß im Eingange statt: „periodische Blätter" gesetzt werden sollte: „periodische Druckschriften," und nach den Worten: „enthalten" unter c, „oder" hinzugefügt und unter d. „Druckschriften welche" — gestrichen — (Stenograph. Berichte der I. Kammer von 1850/21. Bd. I. S. 515 folg. Bd. II. S. 771.). Diesen so gefaßten und der zweiten Kammer zugegangenen Beschlüssen wurde von deren Kommission nicht überall beigepflichtet, sie beantragte vielmehr folgende Fassung:

Von der Kautionsbestellung befreit bleiben periodische Druckschriften, welche

1. lediglich für amtliche Bekanntmachungen, oder
2. unter Ausschluß aller politischen und socialen Fragen für rein wissenschaftliche, belletristische, technische oder gewerbliche Gegenstände bestimmt oder kirchlichen und religiösen Inhalts sind, oder
3. lediglich Familien-Nachrichten, Anzeigen aus dem Gewerbe-Verkehr, über öffentliche Vergnügungen, Verkäufe, gestohlene, verlorene oder gefundene Sachen oder ähnliche Nachrichten des täglichen Verkehrs enthalten, oder
4. für die Gegenstände mehrerer oder aller vorgenannten Kategorien gleichzeitig bestimmt sind, oder

Digitized by Google

5. von den Kammern oder von Königl. Behörden herausgegeben werden.

In dem Kommissions-Berichte wird zur Rechtfertigung bemerkt:

„Zu §. 21 wurde die Erinnerung gemacht, daß schon jetzt auf Grund von näher bezeichneten Erfahrungen sich übersehen lasse, wie die Fassung desselben zu unnöthigen Härten geführt und zwar in doppelter Beziehung: einmal, weil die Nummerirung zu der Auslegung geführt, daß eine Vermischung der unter verschiedenen Nummern verzeichneten Gegenstände in einem und demselben Blatte unzulässig sei, und zweitens, weil mehrere Gegenstände, deren Behandlung ihrer Natur nach nicht kautionspflichtig sein könne, in den Ausnahme-Bestimmungen nicht mitbegriffen seien. In erster Beziehung fand der Vorschlag, nach Nr. 3. einen Zusatz unter Nr. 4. folgen zu lassen:

für die Gegenstände mehrerer oder aller vorgenannten Kategorien gleichzeitig bestimmt sind,

keinen Widerspruch, während die zu Nr. 2. beantragten Zusätze: „belletristische, zur Unterhaltung bestimmt, kirchlichen und religiösen Inhalts“ von einer Seite Bedenken hervor riefen, theils weil die Hinzufügung jeder neuen Ausnahme-Bestimmung einen Weg zur Umgehung der Kautionspflicht bahne, theils weil Unterhaltungsblätter jedenfalls zu den belletristischen gehören, theils endlich, weil von den Blättern kirchlichen Inhalts die unkirchlichen nicht zu unterscheiden seien und mehrfach das Bestreben hervorgetreten sei, unter kirchlich-religiöser Form die politische Agitation zu verhüllen. Diesen Bedenken wurde entgegengesetzt, daß „der Ausschluß aller politischen und socialen Fragen“ unter allen Umständen die Bedingung der Befreiung von der Kautionsbestellung bleibe, daß die Unterscheidung der darin zugezogenen Gränze für den Richter überall, selbst von der kirchlichen Seite her, sehr wohl erkennbar sein werde, daß aber Verhütung des Mißbrauchs der Presse auf rein religiösem Gebiete ausgesprochenermaßen nicht der Zweck dieses Gesetzes und seiner preß-polizeilichen Bestimmungen

Digitized by Google

sei. Bei der Abstimmung wurden die Zusätze zu Nr. 2. „belletristische“ und „kirchlichen und religiösen Inhalts“ mit 10 gegen 8 Stimmen angenommen, dagegen der fernere Zusatz: „oder zur Unterhaltung bestimmt“ mit 9 gegen 9 Stimmen abgelehnt.“ (Stenograph. Berichte der II. Kammer von 1850/51. Bd. IV. S. 1141.). —

Die zweite Kammer erklärte sich aber sowohl gegen die von der ersten Kammer als auch ihrer eigenen Kommission vorgeschlagene Fassung, verwarf namentlich die Aufnahme der Worte: „belletristische“ und „oder kirchlichen und religiösen Inhalts“ und den vorgeschlagenen Zusatz Nr. 4., trat vielmehr dem Antrage des Abgeordneten v. Bodelschwingh bei, welcher folgende Fassung vorschlug:

Von der Kautionsbestellung befreit sind periodische Druckschriften, welche

1. lediglich amtliche Bekanntmachungen, Familien-Nachrichten, Anzeigen aus dem Gewerbeverkehr, über öffentliche Vergnügungen, Verkäufe, gestohlene, verlorene oder gefundene Sachen oder ähnliche Nachrichten des täglichen Verkehrs enthalten, oder unter Ausschluß aller politischen und socialen Fragen, für rein wissenschaftliche, technische oder gewerbliche Gegenstände bestimmt sind.
2. von den Kammern oder Königl. Behörden herausgegeben werden.

Der Abgeordnete erklärte zur Begründung seines Antrages in Bezug auf den Zusatz 4: „das von mir eingebrachte Amendement unterscheidet sich von dem Vorschlage der ersten Kammer nur in Bezug auf die Fassung. Materiell schließt es sich demselben vollständig an. Die Fassung aber wurde in der Kommission deshalb für bedenklich erachtet, weil homogene Gegenstände unter verschiedenen Nummern getrennt aufgeführt werden und deshalb der Besorgniß Raum gegeben sei, als könne der Paragraph so ausgelegt werden, daß die Kautionspflichtigkeit wieder einträte, wenn mehrere unter diesen verschiedenen Nummern aufgeführten

Digitized by Google

Gegenstände gleichzeitig in ein Blatt aufgenommen würden. Um diesem Mißverständnisse, wofür ich es nur halten kann, zu begegnen, hat die Kommission für nothwendig gehalten, die Position 4. hinzuzufügen, welche die Ausnahme ausdrücklich auf die Blätter ausdehnt, die für Gegenstände mehrerer oder aller vorgenannter Kategorien gleichzeitig bestimmt sind. Ich glaube, daß diese Fassung keine ganz glückliche gewesen ist und schlage daher vor, die zusammengehörigen Gegenstände in einer Position zusammen zu fassen, wodurch das Mißverständniß eben so sicher beseitigt wird." — Der Regierungs-Kommissar bemerkte hierzu: „Mit der Fassung des Abgeordneten v. Bodelschwingh erkläre ich mich durchaus einverstanden; es hat die Kommission einen Zusatz angenommen, weil die Befürchtung entstand, es möchte die Kautionspflichtigkeit von Seiten der Regierung auch für solche Blätter behauptet werden, welche die eine und die andere der vorgeschlagenen Ausnahmen mit einander verbänden. Das ist nicht die Absicht der Regierung, und sie hat deswegen nichts dagegen, daß dies durch eine geänderte Fassung vollkommen klar dargestellt werde." — Stenograph. Bericht der II. Kammer Band II. S. 1248 folg.

Mit der so von der zweiten Kammer genehmigten und beantragten Fassung des §. 21. erklärte sich die I. Kammer bei nochmaliger Berathung einverstanden — Stenogr. Bericht der I. Kam. Bd. II. S. 1495 folg. — und wurde derselbe so als §. 17. in das Preßgesetz aufgenommen.

Dieses ist Alles, was die Materialien über die Bestimmung des §. 17. des Preßgesetzes enthalten, und sind danach die folgenden Entscheidungen zu beurtheilen.

I.

Der Buchdrucker L. zu Gumbinnen gab ein wöchentlich zweimal erscheinendes Blatt: „Allgemeiner Anzeiger der Gumbinner Volkszeitung für Litthauen und Masuren" heraus, ohne eine

Digitized by Google

Kaution bestellt zu haben. Die einzelnen Blätter enthielten amtliche Bekanntmachungen, Familien-Nachrichten, Anzeigen aus dem Gewerbe-Verkehr ꝛc., daneben aber zugleich auch Aufsätze über verschiedene Gegenstände, so in № 84 vom Jahre 1851: „Nordamerika als Agrikultur-Staat, über die Burgen und Kastelle in Siebenbürgen, über Dreschmaschinen, über Kartoffelsäule u. s. w.;“ in № 91: „Ueber den Genuß des Kaffees in Sachsen,“ in № 99: „Von dem Auspressen der Trauben,“ und „die leuchtenden Meerfliegen,“ endlich in № 11 vom Jahre 1852 einen Vorschlag zur Wahl von Candidaten des Gemeinderaths. Der Staats-Anwalt fand darin ein Zuwiderhandeln gegen das Preßgesetz, in dem er davon ausging, daß das Blatt nur dann kautionsfrei sei, wenn sich dasselbe auf einen oder den andern der unter 1. §. 17 des Preßgesetzes bezeichneten Kreise beschränke, nicht aber auch dann, wenn es beide zugleich umfasse, der in № 11 enthaltene Vorschlag überdies in das Gebiet der Politik falle. Er erhob deshalb Anklage gegen den Herausgeber und verlangte nach §. 42 dessen Bestrafung.

Das Kreis-Gericht zu Gumbinnen erkannte demnächst unterm 7. April 1852, daß der Angeklagte des Zuwiderhandels gegen die §§. 11 und 17 des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 in Ansehung des Inhalts der № 89, 91 und 99 des Anzeigers für nicht schuldig, dagegen dieses Vergehens in Ansehung des Inhaltes der № 11 für schuldig zu erachten und mit einer Geldbuße von 20 Thlr., im Unvermögensfalle mit einer Gefängnißhaft von vier Wochen zu bestrafen. Die

Gründe

lauten:

Die in den drei Anklagen von der Königl. Staatsanwaltschaft zusammen gestellten Thatsachen stehen durch das Anerkenntniß und Zugeständniß des Angeklagten fest. Streitig ist dagegen, ob die inkriminirten Artikel in № 89, 91 und 99 des genannten Blattes zum Theil auch politische oder sociale Fragen behan-

Digitized by Google

deln, oder nur als solche anzusehen sind, welche einen rein wissenschaftlichen, technischen oder gewerblichen Inhalt haben?

Nach einer unbefangenen Prüfung muß man dieselben sämmtlich als Artikel der letzteren Art erachten. Einer weiteren Erörterung über diesen Punkt bedarf es nicht bei dem klaren Wortlaut dieser Aufsätze.

Sodann aber fragt es sich:

ob in einem ohne Kaution erscheinenden Blatte der periodischen Presse Anzeigen, wie sie der §. 17 des Preßgesetzes aufzählt, mit Artikeln, welche rein wissenschaftliche, technische oder gewerbliche Gegenstände behandeln, combinirt werden dürfen?

Auch diese Frage muß zu Gunsten des Angeklagten entschieden werden. Nach dem §. 17 des Preßgesetzes ist es unbedenklich, daß kautionsfrei erscheinen dürfen, sowohl periodische Druckschriften, welche lediglich Anzeigen der gedachten Art enthalten, als auch solche, welche lediglich Artikel der gedachten Art in ihre Spalten aufnehmen. Befreit aber §. 17 Schriften sowohl der einen, als der andern Kathegorie von Kaution, so ist nicht abzusehen, zu welchem Ende Schriften, welche ihre Spalten zuerst mit Anzeigen und gegen das Ende mit Artikeln der erwähnten Art zu füllen pflegen, kautionspflichtig sein sollten. Gegentheils würde man zu dem Resultate kommen, daß kautionsfrei zwar Jemand auf einem und demselben Stücke Papier hintereinander Anzeigen des täglichen Verkehrs und Artikel rein wissenschaftlichen, technischen und gewerblichen Inhalts drucken, aber nur dann auch kautionsfrei seine Druckschrift verbreiten dürfe, nachdem er das so bedruckte Papier in der Art durchschnitten hätte, daß die eine Hälfte nur Anzeigen, die andere Hälfte nur Artikel der gedachten Art enthielte. — Von dem bloßen Durchschneiden eines Blatt Papier aber kann selbstredend von dem Gesetzgeber nicht die Pflicht zur Kautionsbestellung abhängig gemacht sein.

Diese Pflicht muß vielmehr aus dem Zwecke des ganzen Preßgesetzes in allen den Fällen abgeleitet werden, deren das

Digitized by Google

Gesetz nicht speziell Erwähnung thut und einen Zweifel daher offen läßt.

Der Zweck des Gesetzes ist zwar nun auch nicht in dem Gesetze vom 12. Mai v. J. ausgesprochen, unzweifelhaft aber der, die periodische Presse in der Behandlung politischer und socialer Fragen zu zügeln, damit sie nicht ungestraft Irrlehren und der Verwaltung und der menschlichen Gesellschaft feindliche Tendenzen verbreite, und daß auch die Strafe dem Vergehen sofort auf dem Fuße folgen könne.

Daher sind kautionspflichtig alle periodischen Druckschriften, welche allein oder von Zeit zu Zeit sich mit politischen und socialen Fragen beschäftigen, dagegen kautions*frei* nach §. 17 des Gesetzes diejenigen, die sich mit solchen Fragen nichts zu schaffen machen. Letztere sind den staatlichen Einrichtungen und der bestehenden Ordnung nicht gefahrbringend, erstere aber können es leicht werden; daher bei diesen Kaution, bei jenen nicht.

Der Blätter, welche in ihren Spalten Anzeigen des täglichen Verkehrs neben Artikeln rein wissenschaftlichen, technischen Inhalts bringen, thut das Gesetz in dem §. 17 über die Kautionsfreiheit einzelner Schriften nicht Erwähnung, es verbietet aber auch nicht deren Erscheinen ohne Kaution und ein alter Rechtssatz lautet: was nicht verboten ist, ist erlaubt. Wollte man aber das Gegentheil lediglich daraus entnehmen, daß in der Regel Druckschriften des kombinirten Inhalts einen größern Lesekreis haben, als Blätter der einzelnen Kathegorien, und daß sie daher, wenn sie einmal die gesetzlichen Gränzen überschreiten und Irrlehren und Aufruhr predigen sollten, viel gefährlicher dem Staate werden könnten, als die Blätter, die nur einen kleineren Lesekreis haben, so muß man sich den triftigen Einwand gefallen lassen, daß, wenn den Gesetzgeber diese ratio geleitet hätte, er sicherlich die Kautionsfreiheit, nicht allein von dem Inhalt, sondern sicherlich auch von der Stärke der Auflage abhängig gemacht hätte. Dieses aber hat er nicht gethan.

Es liegt aber auch im Interesse des Preußischen Staates

Digitized by Google

des Staates der Intellienz, daß gemeinnützige Erfahrungen und den Ackerbau, die Künste, Handel und Gewerbe fördernde Nachrichten und Belehrungen, schnelle und weite Verbreitung in allen, auch in den untern, minder wohlhabenden Schichten der Bevölkerung finden. Dieser Zweck wird am besten durch die kleinen Lokalblätter combinirten Inhalts gefördert, welche, da sie bisher kautionsfrei erschienen, sich auch der kleine Handwerker und der Bauer mit geringen Kosten beschaffen konnten. Diesen kleinen Blättern Kaution vorzuschreiben, hätte ihren Lebensnerv zerstört, und somit das eigene Interesse der Staatsregierung ohne Ersatz angetastet.

Wie geschehen, war daher der Angeklagte in Ansehung der in den beiden ersten Anklagen aufgestellten Anklage-Punkte für nicht schuldig zu erachten.

Anders ist es dagegen, was die dritte Anklage anlangt. In der inkriminirten Anzeige vom 6. Februar werden von mehreren Privatpersonen hiesigen Orts, Candidaten zur Wahl des Gemeinderaths empfohlen. Anzeigen dieser Art aber sind in einem ohne Kaution erscheinenden Blatte nach §. 17 des Preßgesetzes als verboten anzusehen, da sie unter keine der dort aufgeführten Rubriken von Anzeigen oder Nachrichten des täglichen Verkehrs gebracht werden können. — Der Angeklagte mußte daher in diesem Punkte des Zuwiderhandelns gegen die §§. 11 und 17 des genannten Gesetzes für schuldig erachtet und gemäß §. 42 desselben Gesetzes mit zwanzig Thaler Geld oder im Unvermögensfalle mit vier Wochen Gefängniß bestraft werden.

Gegen dieses Urtel appellirte die Staatsanwaltschaft. Der Criminal-Senat des Appellations-Gerichts zu Insterburg bestätigte aber unterm 4. September 1852 das erste Urtel, in Erwägung, daß die Verhandlungen der Kammern zur Auslegung des §. 17 Nr 1 des Preßgesetzes ergeben, daß die in den früheren Fassungen des Regierungs-Entwurfs und der I. Kammer gewählte Nummerirung der von der Kaution befreiten Blätter aus dem Grunde von der Kommission der II. Kammer nicht beibehalten

Digitized by Google

worden, weil dieselbe zu der Auslegung geführt, daß eine Vermischung der unter verschiedenen Nummern verzeichneten Gegenstände in einem und demselben Blatte unstatthaft sei, eine Auslegung, die für unzulässig zu erachten; die zweite Kammer den desfallsigen Vorschlag ihrer Kommission in das Gesetz aufzunehmen: „von der Kautionsleistung befreit bleiben periodische Druckschriften, welche ꝛc. 4. für die Gegenstände mehrerer oder aller vorgenannter Kathegorien gleichzeitig bestimmt sind," jedoch verworfen und den Antrag eines Deputirten, zur Beseitigung der erwähnten irrigen Auslegung die zusammengehörigen Gegenstände in eine Position zusammen zu fassen, angenommen, nachdem der Regierungs-Kommissar erklärt hatte, daß von Seiten der Regierung nicht beabsichtigt werde, die Kautionspflicht auch für solche Blätter zu behaupten, welche die eine oder die andere der vorliegenden Ausnahmen mit einander verbinden; und die so vorgeschlagene Fassung nach erfolgter Zustimmung der I. Kammer zum Gesetz erhoben, daß auch die ratio legis dafür spreche, daß, wenn die Kaution einmal für Druckschriften eines bestimmten Inhalts, und sodann auch für Druckschriften eines andern bestimmten Inhalts nicht verlangt werde, sie auch da nicht beabsichtigt sein könne, wo eine und dieselbe Zeitschrift sowohl jenen, wie diesen kautionsfreien Inhalt in sich aufnehme; daß endlich hiermit auch der Wortlaut des §. 17 № 1 übereinstimme, indem nicht ein: „entweder nur oder nur" gebraucht worden, sondern das „oder" blos dazu diene, die verschiedenartigen Druckschriften unter einander aufzuführen, welche kautionsfrei erscheinen dürfen; — da hiernach also die №. 89, 91 und 99 des Anzeigers gegen die §§. 11 und 17 des Preßgesetzes nicht verstoßen, und daher der §. 42 gegen den Angeklagten nicht zur Anwendung kommen könne, so sei das erste Urtel zu bestätigen.

Seitens der Staatsanwaltschaft wurde nun die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben, und es hat der fünfte Senat des Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 17. Dezember 1852, an welcher Theil genommen: der Vice-Präsident Dr. Götze, die Geheimen

Digitized by Google

Ober-Tribunals-Räthe Wilke II., v. Kunow, Rathmann, Reinke, Stosch, der Geheime Ober-Revisions-Rath Hermes in Erwägung,

daß die Kautionsfreiheit eines Blattes sich nicht blos nach dem Prinzip der Ausschließung politischer und socialer Fragen bestimmt, sondern nach §. 17. des Preßgesetzes vom 12 Mai 1851 (Gs.-S. 277) durch Innehaltung des Bereichs der dort speziell benannten Gegenstände unter Ausschließung aller politischen und socialen Fragen bedingt wird, das Erstere namentlich deshalb nicht angenommen werden kann, weil es der grammatischen Interpretation zuwider läuft, weil, wenn der Gesetzgeber bloß einen leitenden Grundsatz hätte aufstellen wollen, es der Aufzählung der einzelnen Gegenstände nicht bedurft hätte, weil die Kautionspflicht die Regel und die Ausnahme nicht ausdehnend zu erklären ist, wobei in der zuerst gedachten Beziehung besonders durch die Satzfügung:

„lediglich — enthalten"

„oder — bestimmt sind"

zwei getrennte Kathegorien unterscheiden werden und demnächst sich auch nicht verkennen läßt, daß zwischen solchen Blättern, welche entweder bloße Anzeigen der im §. 17 enthaltenen Art, oder rein wissenschaftliche, technische oder gewerbliche Erörterungen enthalten, und andererseits solchen Blättern, welche alle diese Gegenstände vermischt aufnehmen, eine wesentliche Verschiedenartigkeit obwaltet und eine gleiche Behandlung derselben in Bezug auf den Kautionspunkt aus der Natur der Sache nicht folgt; daß selbst unter Annahme der Zulässigkeit einer Vermischung aller unter 1 erwähnten Gegenstände in einem und demselben (kautionsfreien) Blatte die inkriminirten Artikel nicht den Charakter wissenschaftlicher, technischer oder gewerblicher Erörterungen, sondern eines Unterhaltungsblatts von ganz unbestimmter Sphäre begründen würden, ein solches aber die Kautionsfreiheit nicht in Anspruch zu nehmen hat; daß die Bezugnahmen des Appellationsrichters auf die Kammerverhandlungen schon deshalb nicht zutreffen, weil

Digitized by Google

alles, was in den letzteren über die Zulässigkeit der Vermischung verschiedener Kathegorien in einem kautionsfreien Blatte gesagt ist, sich auf die in der ersten Kammer dem ursprünglichen §. 21 gegebene Fassung bezieht, nicht aber auf die schließlich erfolgte abweichende Fassung des §. 17 des Preßgesetzes, — übrigens das vom ersten Richter aufgestellte unpassende Beispiel und dessen Ansichten über den Werth und Nutzen des Gesetzes in einer und der andern Auffassung auf sich beruhen können; — daß hiernach das Strafgesetz §. 42 des Preßgesetzes durch Nichtanwendung verletzt und die am angeführten Orte angedrohte Strafe von dem Angeklagten verwirkt ist, weil er durch Aufnahme der inkriminirten Aufsätze in № 89, 91, 99 des „Allgemeinen Anzeigers der Gumbinner Volkszeitung für Litthauen und Masuren" die Gränzen eines kautionsfreien Anzeigeblatts überschritten hat, ohne daß es darauf ankommt, ob zugleich — wie jedoch nicht anzunehmen wäre — durch den politischen und socialen Inhalt jener Aufsätze die Kautionspflicht verletzt worden, — daß daher die Strafe aus §. 42 neben der rechtskräftig wegen des (politischen) Inhalts der Anzeige № 11 der gedachten Zeitschrift pro 1852 erkannten Strafe — jetzt auch noch wegen der oben erwähnten Nummern 89, 91, 99 verhängt werden muß, wobei es jedoch jetzt nicht noch des vollen Strafsatzes bedarf, (§. 55 des St. G. B.). da die bereits rechtskräftig bestrafte Kontravention mit den noch zur Beurtheilung vorliegenden für eine und dieselbe — fortgesetzte — Handlung zu erachten ist, — für Recht erkannt:

Daß das Erkenntniß des Criminal-Senats des Königl. Appellations-Gerichts zu Insterburg vom 4. September zu vernichten, hiernächst das Erkenntniß des Königl. Kreisgerichts zu Gumbinnen vom 7. April d. J. in seinem angegriffenen Theil dahin abzuändern, daß der Angeklagte noch wegen Ueberschreitung der Gränzen der Kautionsfreiheit in den № 89, 91 und 99 des „Allgemeinen Anzeigers der Gumbinner Volkszeitung für Litthauen und Masuren" mit zehn Thaler Gelde im Unvermö-

Digitized by Google

gungsfalle achttägiger Gefängnißstrafe zu belegen, derselbe auch die Kosten der Untersuchung zu tragen schuldig.

II.

Der Buchdruckerei-Besitzer R. zu Tilsit gab ohne Kautionsbestellung unter dem Titel: „Echo am Memelufer“ ein Blatt heraus, welches, wie der Gumbinner Anzeiger neben Bekanntmachungen und Anzeigen auch Aufsätze verschiedenen Inhalts enthielt. Die Staatsanwaltschaft zu Tilsit erhob deshalb Anklage, namentlich mit Rücksicht auf ein Blatt, welches einige Mittheilungen über den Flachsbau, und eine Verfügung des Ministeriums für Handel und Gewerbe an die Regierungen, über die Frage enthielt, ob Händler berechtigt, einen Handwerksbetrieb, den sie vor dem Gesetze vom 9. Februar 1849 nicht angemeldet, fortzusetzen, entnommen aus der Königsberger Zeitung mit den einleitenden Worten des Berliner Correspondenten über die Veranlassung der Ministerial-Verfügung. Das Kreisgericht zu Tilsit sprach unterm 10. Juni 1852 den Angeklagten frei, da der §. 17 des Preßgesetzes nicht dahin verstanden werden könne, daß die kautionsfreien Blätter entweder nur Bekanntmachungen ꝛc. oder nur wissenschaftliche Gegenstände enthalten dürfen, die unter Anklage gestellten Artikel dem Inhalte nach nur gewerbliche sein, und der letztere diese Eigenschaft durch die wenigen Worte zur Einleitung der Ministerial-Verfügung nicht verliere, überdem auch das Gesetz über die Form wissenschaftlicher Artikel nichts bestimme.

Die Staatsanwaltschaft appellirte gegen dieses Urtel, der Kriminal-Senat des Appellations-Gerichts zu Insterburg bestätigte dasselbe aber unterm 17. November 1852 aus gleichen Gründen, wie in der Sache gegen den Herausgeber des Gumbinner Anzeigers. Der Oberstaatsanwalt erhob auch hier die Nichtigkeitsbeschwerde. Das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abtheilung I. erkannte aber in seiner Sitzung vom 4. März 1853, an welcher Theil genommen: der Vice-Präsident

Digitized by Google

Kuhlmeyer, die Geheimen Ober-Tribunals-Räthe v. Kunow, Hayner, Dr. Schnaase, Hornies, Stesch, Voitus, in Erwägung:

Daß der §. 17 № 1 des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 für kautionsfrei erklärt periodische Druckschriften, welche lediglich Bekanntmachungen und Anzeigen gewisser Art enthalten, oder unter Ausschluß aller politischen und socialen Fragen für rein wissenschaftliche, technische oder gewerbliche Gegenstände bestimmt sind; daß diese Fassung zweifelhaft läßt, ob hierunter zwei verschiedene Arten periodischer Schriften bezeichnet und solche Blätter, welche Gegenstände sowohl der einen als der andern Art aufnehmen, ausgeschlossen sind; in Erwägung jedoch:

Daß nach dem vielfach ausgesprochenen Zwecke der Kautionspflicht periodischer Druckschriften, dieselbe nur solche Blätter zu strafen beabsichtigt, deren Gegenstände eine politisch oder sittlich nachtheilige Behandlung befürchten lassen; daß der §. 17, indem er Gegenstände gewisser Art als der Kautionspflicht nicht unterworfen bezeichnet, die Anerkennung des Gesetzgebers enthält, daß bei denselben eine solche Befürchtung nicht stattfinde; daß unter dieser Voraussetzung eine solche Befürchtung und mithin der bestimmende Grund zur Kautionsleistung auch dann nicht Platz greift, wenn verschiedene Gegenstände solcher Art in einer und derselben Druckschrift zusammengefaßt werden; daß zwar der §. 11 a. a. O. die Kautionspflicht als Regel, der §. 17 die Befreiung als Ausnahme aufstellt, daß jedoch, wie die legislatorischen Verhandlungen ergeben, diese Fassung nur deshalb beliebt worden, weil eine bestimmtere Bezeichnung der kautionspflichtigen Gegenstände zur Umgehung des Gesetzes benutzt werden könnte; daß schon hiernach nicht unterstellt werden kann, daß der §. 17, indem er mehrere Gegenstände periodischer Druckschriften bezeichnet, welche die Kautionsbestellung nicht erfordern, dieselben Gegenstände, wenn sie in demselben Blatte behandelt werden, der Kaution zu unterwerfen beabsichtige, in Erwägung:

Daß die Verhandlungen über das Preßgesetz über eine dem entsprechende Absicht des Gesetzgebers keinen Zweifel übrig lassen,

Digitized by Google

daß die Kommission der zweiten Kammer bei Berathung des von der ersten Kammer beschlossenen Entwurfs (S. 22 des Berichts) dem §. 17 (21) einen besondern Zusatz hinfügte, wonach die Kautionsfreiheit auch bei solchen Blättern eintreten sollte, welche für die Gegenstände mehrerer oder aller der in der frühern Redaktion unter besondern Nummern aufgezählten Kathagorien gleichzeitig bestimmt seien; daß diese von der Kommission vorgeschlagene Redaction zwar demnächst durch die von einem der Abgeordneten vorgeschlagene, von der Kammer angenommene Fassung des gegenwärtigen §. 17 beseitigt ist, daß jedoch der Antragsteller dabei ausdrücklich dieselbe Auslegung beabsichtigt, daß überdies der Regierungs-Kommissar ausdrücklich Namens der Regierung sich sowohl mit dem gedachten Amendement, als mit der durch dasselbe und durch die Kommission beabsichten Ausdehnung der Kautionsbefreiung einverstanden erklärte; daß mithin und bei der unveränderten und nicht beanstandeten Annahme dieses §. 17 durch die erste Kammer, (Thl. II. S. 1492 — 1505 der stenographischen Berichte) sämmtliche Faktoren der Gesetzgebung ihre Absicht beim Gebrauch der Wortfassung des §. 17 in gleicher Weise ausgesprochen haben, in Erwägung: daß hiernach das angegriffene Urtheil den §. 17 richtig ausgelegt hat; daß ferner die Annahme desselben, daß der incriminirte Aufsatz nur einen gewerblichen Gegenstand enthält, da sie auf einer thatsächlichen Prüfung desselben beruht, der Kritik des Nichtigkeitsrichters nicht unterliegt; für Recht erkannt:

daß die wider das Urtheil des Appellations-Gerichts zu Insterburg vom 17. November pr. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zurück zu weisen und auch die Kosten des Rechtsmittels niederzuschlagen. —

Digitized by Google

LXXV.

Einige Bemerkungen in Betreff der Frage: „Kann Derjenige, welcher für eine Forderung zwei Grundstücke verpfändet hat, entweder im Einverständnisse mit den Gläubigern, oder nachdem letztere befriedigt, die Post auf dem einen Grundstücke löschen lassen und auf dem Andern aufrecht erhalten, ohne daß den nachstehenden Gläubigern des einen oder des andern Guts ein Widerspruchsrecht zusteht?“ *)

Mitgetheilt

von

C. F. Pape, Kreisgerichtsrath a. D. in Memel.

Aus der Natur der Rechtsverhältnisse wird es sich ungezwungen ergeben, daß, wenn ex communione rechtsverbindliche Erklärungen hervorgehen,

1. mehrere Mitberechtigte die Erfüllung einer Verbind-

*) Gegen die herrschende Meinung, aber höchst berücksichtigenswerth. Die Wissenschaft darf nicht stagniren, die Wässer müssen sich bewegen, in beständigem Flusse bleiben.

Dr. Sommer.

Digitized by Google

lichkeit nur zusammen (nicht einer für alle) fordern können, — eben so auch, daß

2. mehrere Mitverpflichtete nur zusammen (also der ganze Verein und nicht einer für alle) wegen Erfüllung der Verbindlichkeit in Anspruch zu nehmen sind. Denn es ist kein Grund, zu vermuthen, daß es in der Absicht der Mitverpflichteten gelegen habe, nicht gleichzeitig und nicht gleichmäßig mitzuwirken, oder daß einer vor den andern Vorzug habe; mithin einer vor den andern eine zeitlang den Nachtheilen allein ausgesetzt sein solle. — Auch wird ein Gleiches eintreten müssen, wenn
3. auf mehrere Sachen zusammen (bewegliche oder unbewegliche) mit oder ohne persönliche Verpflichtung der Eigenthümer Jemanden ein Recht zugestanden ist.

Diese Annahme muß so lange Fundamentalsatz sein, bis das positive Gesetz etwas anders bestimmt. — Im preußischen Gesetze ist

bei 1. keine Abänderung gemacht, vielmehr ist im Allg. L. R. Th. I Tit. 5 §. 450 ausdrücklich gesagt, daß Mitberechtigte das gemeinschaftliche Recht nur gemeinschaftlich ausüben können.

Bei 2 ist jedoch eine Ausnahme von dem obigen Satze ausgesprochen und durch die §§. 424 und 430 bestimmt, daß, wenn mehrere Personen zugleich sich einem Dritten in einem und demselben Vertrage verpflichtet haben, anzunehmen sei, daß einer für alle und alle für einen dem Berechtigten für die Erfüllung haften, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden, — und soll der Berechtigte wegen seiner ganzen Forderung, an welchen unter den Mitverpflichteten er will, sich halten können. —

Dieses ist also eine Vergünstigung in Bezug auf den Berechtigten. (Das französische Gesetz läßt die Vermuthung einer solidarischen Verbindlichkeit nicht zu; sie muß mit ausdrücklichen Worten festgesetzt sein.)

Digitized by Google

Bei 3 findet sich eine ausdrückliche Bestimmung in der Lehre von Verträgen nicht vor.

Es ist jedoch in den vor länger als 34 Jahren und in später erlassenen Just.-Min.-Rescripten (5. Febr. 1819 und 13. Mai 1831) so wie in Urtheilen verschiedener Gerichtshöfe bis jetzt angenommen, daß bei Verpfändung mehrerer Grundstücke eine Solidarhaft, wie sie der §. 424 bestimmt, eintrete, welche Annahme als unzweifelhaft angesehen wurde, und die zu manchen irrigen Folgerungen geführt hat, welche unheilbringend für später ingrossirte Gläubiger, nachtheilig für Correal-Verhaftete, das Vertrauen auf Garantie des Hypothekenbuchs schwächend und auch im Gesetze nicht begründet erscheinen. Denn es hat

A. Der §. 424 nur Bestimmungen hinsichts der persönlichen Verhältnisse zwischen Berechtigten und Verpflichteten zum Gegenstande; von den Verhältnissen der Berechtigten in Bezug auf Sachen der Verpflichteten ist nicht die Rede; auch ist nicht gesagt, daß von mehreren Verpflichteten einer für alle und alle für einen für die Erfüllung der Verpflichtung haften sollen, denn sonst würde mitunter auch Erfüllung unnatürlicher Dinge verlangt sein; es ist nur bestimmt, daß es anzunehmen sei, daß u. s. w. Diese Annahme wird also nicht statt finden können

a. wenn die Möglichkeit der Verbindlichkeits-Erfüllung durch Einen nicht denkbar ist,

b. wenn die Solidarhaft ausdrücklich ausgeschlossen worden,

c. wenn in den abgegebenen Erklärungen mehrerer Verpflichteten solche Bestimmungen enthalten sind, die es deutlich darthun, daß es ihre Absicht nicht sei, daß einer für alle in Anspruch genommen werden solle. (Dieses hat auch der §. 425 angeordnet.)

Es würde sich hieraus ergeben, daß der §. 424 nur in solchen Fällen zur Anwendung kommen kann, in welchen es zweifelhaft bleibt, ob aus den Erklärungen der Verpflichteten Solidarhaft anzunehmen sei oder nicht. Wenn also mehrere Personen bei Gerichts eine Schuldverschreibung aufnehmen lassen und

Digitized by Google

erklären, daß sie dem Gläubiger ihre speciell bezeichneten 3 Grundstücke zusammen als Pfand bestellen, und die Eintragung beantragen, so sind sie dem Gerichte für die Kosten solidarisch verhaftet, dagegen dem Gläubiger für seine Forderung mit ihren Grundstücken nur conjunctim. Denn in der ersten Hälfte dieser Declaration ist es zweifelhaft, von wem die Kosten gefordert werden sollen, wogegen in der zweiten Hälfte drei Sicherheits-Objecte dem Gläubiger für verhaftet erklärt werden. Hier kann sich die gesetzliche Bestimmung in Betreff des Zweifelhaften nicht einschieben lassen, da deutlich und bestimmt angegeben ist, was geschehen soll. Der §. 424 ist beseitigt, und es muß das Rechtsverhältniß der Interessenten aus dem Inhalt der Verschreibung allein beurtheilt werden.

B. Die bisherige Annahme verstößt gegen allgemeine Grundsätze des Rechts. Denn es sind

1. mehrere Eigenthümer befugt, auch ohne Vorwissen des Gläubigers für dessen Forderung, ihre Grundstücke als Pfand zu bestellen, und kann dieses auch in einer Verschreibung in communione erfolgen, welche Verpflichtung gewöhnlich durch die Worte „Wir verpfänden“ oder ähnliche markirt wird. Einig muß man nun darin sein, welcher Sinn in einer solchen Correal-Obligation liegt, und ob er im Geschäftsleben gleichmäßig aufgefaßt wird. Ist dieses zweifelhaft, so muß Aufklärung hierüber von den Interessenten erfolgen, damit kein zweideutiger Vermerk in das Hypothekenbuch kommt. Versteht man aber unter der Correal-Verpflichtung eine solche, durch welche die verpfändeten Grundstücke als ein gemeinschaftliches Gut, als ein Ganzes behandelt und gleichzeitig angegriffen werden sollen, so hat der Gläubiger, welchem die hypothekarische Obligation zur Erklärung über die Annahme zugefertigt wird, nur die Wahl, ob er sie annehmen will oder nicht, und hat derselbe im ersteren Falle späterhin keine Befugniß, nach Willkür Abänderungen zu treffen und in der Verpflichtungssphäre der Pfandbesteller eigenmächtig zu schalten und zu walten. Er kann nur seinem Rechte gänzlich entsagen oder

Digitized by Google

oder verlangen, daß der Inhalt der Obligation strikte erfüllt wird, woraus hervorgeht, daß, wenn er wirklich ein Recht auf Solidarhaft hätte, diese ihm gesetzlich zugestandene Befugniß durch die in der von ihm acceptirten Obligation enthaltene conventionelle Bestimmung beseitigt ist.

2. Die conjunctim verhafteten Grundeigenthümer können mit Zustimmung des Gläubigers von der gemeinschaftlichen Pfandhaft jederzeit und selbst dann abgehen, wenn die Verpflichtung ex communione in dem Hypothekenbuche vermerkt ist, jedoch in diesem Falle nur so lange, als kein späteres Ingrossat notirt ist; indem durch den Vermerk wegen der Mithaft eines zweiten Grundstücks ein dingliches Recht (Recht auf Last-Veränderung) zugeschrieben ist, und keinem Interessenten ein beliebiges Entreißen dieser dem Grundstücke beigelegten Berechtigung, mit welchem Grundstücke ein Anderer im Vertrauen darauf Rechtsverhältnisse angeknüpft hat, zugestanden werden kann.

Es ist daher der gemäß §. 159 Tit. 2 Hyp. Ord. in dem Hypothekenbuche zu machende Vermerk, daß mehrere Grundstücke für ein Ingrossat zum Pfande bestellt sind, nicht, wie die Gesetzrevisoren andeuten, bedeutungslos, sondern sehr wesentlich, damit der spätere Gläubiger, welcher eine Eintragung beabsichtigt, den Werth sämmtlicher Grundstücke (als ein Pfandobject) begreifen und hiernach seine Sicherheit würdigen kann. Wird ein Grundstück ex nexu gelassen, so muß dieses im betreffenden Hypothekenbuche und auf den Dokumenten vermerkt werden, damit ein Dritter nicht irre geleitet und der Richter nicht verantwortlich wird.

C. Die in dieser Hinsicht sich vorfindenden gesetzlichen Bestimmungen sprechen auch nicht das Gegentheil aus. So ist

a. der Gläubiger zwar berechtigt, von dem in Anspruch genommenen solidarisch Verhafteten die Berechtigung seiner ganzen Forderung aus dessen gesammten beweglichen (wenn auch nicht verpfändeten) Vermögen zu verlangen, allein die Sachen selbst sind nicht solidarisches Object seiner

Digitized by Google

Befriedigung. Ihm steht nicht das Recht zu, diesen oder jenen Gegenstand nach seiner Wahl abpfänden zu lassen, sondern es ist (Allg. G. Ord. Thl. I Tit. 24 §. 74) dem Executor zur Pflicht gemacht, auf den Antrag des Schuldners (nicht Gläubigers) hinsichts der Bestimmung, welche Effecten abgepfändet werden sollen, billige Rücksicht zu nehmen.

b. In Betreff der verpfändeten beweglichen Sachen ist aber ausdrücklich bestimmt, (Allg. L. R. Th. I Tit. 20 §§. 197 und folgende) daß

1. die Schuldner (Pfandgeber) zur Wiedereinlösung des Pfandes, gleich jedem Verklagten, vorgeladen und
2. alle Pfandstücke taxirt und zugleich zum Verkauf ausgeboten werden müssen; auch
3. nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner das Recht haben solle, zu bestimmen, in welcher Ordnung die Pfandstücke verkauft werden sollen.

Wollte man dem Gläubiger ein Recht auf Solidarhaft mehrerer Pfandstücke zugestehen, ihn dagegen durch vorstehende Bestimmungen binden, so ist nicht abzusehen, welche Befugnisse ihm noch in Bezug auf Solidarhaft bleiben könnten. Hiernach sind mehrere zusammen als Pfand bestellte bewegliche Sachen nicht nur keinesweges als solidarisch haftend anzusehen, sondern sie sind es wirklich nicht; sie bilden Ein pfandrechtliches Object aus mehreren Stücken bestehend.

Es fragt sich nun

c. ob der Gesetzgeber in Bezug auf unbewegliche Sachen andere Bestimmungen hat eintreten lassen können, und ob solche wirklich gemacht sind. — Hierauf ist zu bemerken:

Faustpfand und Hypothek sind Zweige eines Stammes; das Wesen des Pfandrechts muß in allen Objecten, worauf es sich bezieht, gleiche Wirksamkeit äußern. Es muß dem Pfandrechte also gleich sein, ob sein Object von dieser oder jener Na-

Digitized by Google

terie, beweglich oder unbeweglich, lebendig oder leblos ist; daher auch kein Grund ist, anzunehmen, daß sich ganz andere Bestimmungen hinsichts der Hypothek im Gesetze werden vorfinden lassen, als welche für Faustpfänder gegeben sind. (Abgesehen von Formverhältnissen). Was in den §§. 199 und folgenden über Veränderungen beweglicher Sachen bestimmt ist, muß auch bei unbeweglichen Sachen anwendbar sein; denn sonst würde man sich im Hypothekenrechte nach Vorschriften über Veräußerungen umsehen, und man würde, da sie nicht zu finden sind, nur sagen können, daß der Gesetzgeber, welcher in 28 Paragraphen Vorschriften darüber gemacht hat, diese in Bezug auf unbewegliche (größtentheils werthvollere) Sachen zu machen vergessen hätte. Der Umstand, daß vorerwähnte §§. in die Rubrik „vom eigentlichen Pfandrechte“ gestellt sind, ist freilich nicht so ganz passend, indessen von keinem wesentlichen Einflusse auf Auslegung der Rechtsbestimmungen hierüber, denn einer wird bei näherer Berücksichtigung derselben finden, daß, wenn eine oder die andere Vorschrift nur bei einer Art des Pfandes in Anwendung kommen solle, gleich hinterher die Abänderung vermerkt ist. (Cfr. §§. 94, 99, 136, 145, 157, 158, 257, 258).

Demzufolge wird man der im Rescript vom 23. März 1810 enthaltenen Anweisung, daß die §§. 201 und folgende hinsichts der Veräußerung beweglicher Pfandstücke auch auf Grundstücke analogisch angewendet werden können, nicht beitreten können. Nicht analogisch, sondern unbedingt müssen sie angewendet werden.

Man hat sich zwar geneigt finden lassen, die §§. 467 und 468 als für Hypotheken-Verhältnisse ganz eigenthümliche und vom Faustpfande abweichende Bestimmungen darzustellen, indessen ist diese Abweichung nur scheinbar; sie sind nur aus dem Wesen des Pfandrechts gezogene und der Deutlichkeit wegen hingestellte Folgerungen. Man muß nur nicht in das Gesetz etwas hineinlegen, was darin nicht liegt. Vorbemerkte Paragraphen sagen Folgendes: §. 467. — „Das Recht eines Hypotheken-Gläubigers erstreckt

Digitized by Google

sich in Ansehung seiner ganzen Forderung sowohl auf das Ganze, auf welches dasselbe durch die Eintragung bestellt worden, als auf die einzelnen Theile desselben.

§. 468. — „Er kann also, wenn ihm mehrere Grundstücke verhaftet sind, oder, wenn das durch Eintragung verpfändete Grundstück durch Erbgangsrecht, oder auf andere Art getheilt worden, wegen seiner ganzen Forderung an jedes Grundstück oder an jeden getrennten Theil desselben sich halten."

Sieht man sich nach Bestimmungen darüber um, worauf sich das Pfandrecht in Betreff beweglicher Sachen, — und worauf sich das Recht des Faustpfandgläubigers hinsichts seiner ganzen Forderung erstreckt, so findet man diese weder in der allgemeinen Lehre vom Pfandrechte noch in den Paragraphen vom Faustpfande. Die vorerwähnten §§. 467 und 468 sind indessen im wesentlichen eben so gut auf diese als auf Hypotheken-Verhältnisse anzuwenden, und man würde, wenn sie gar nicht in das Landrecht aufgenommen wären, in Betreff beider Arten von Pfändern den allgemeinen Grundsatz dahin aufstellen können, daß das Recht des Pfandgläubigers, sich in Bezug auf bewegliche und unbewegliche Sachen sowohl auf das Ganze als auf die einzelnen Theile erstrecke, und er also wegen seiner ganzen Forderung sich an jeden Theil halten könne. — Es fragt sich nun, ob aus der in beiden Paragraphen erfolgten Festsetzung zu entnehmen ist, daß es der Willkür des Gläubigers überlassen sein solle, das eine oder das andere Grundstück (Pfandstück) anzugreifen oder nicht. In dieser Hinsicht ist zu bemerken:

In dem §. 467 wird von einzelnen Theilen des Ganzen, nicht von jedem Theile gesprochen. Das letztere Prädikat zu gebrauchen wäre auch unangemessen gewesen, da das, was sich auf das Ganze erstreckt, auch auf jeden Theil desselben erstrecken muß. Einzelne Theile sind aber solche, welche als zu einem Ganzen nicht mehr gehörig gedacht werden.

In dem §. 468 dagegen ist nicht von einzelnen Grund-

Digitized by Google

stücken, sondern von jedem der mehreren verpfändeten Grundstücke die Rede. Würde das Prädikat „einzeln“ gebraucht sein, so würde der Gläubiger die Wahl haben, an welches Grundstück er sich für die ganze Forderung halten wolle. Da hier aber von „jedem“ gesagt ist, so kann er sich nur an jedes Grundstück, als einen im Zusammenhange mit dem Ganzen stehenden Gegenstand für die ganze Forderung halten. Das Ganze kann nicht zerrissen werden; jedes Grundstück haftet aber für die ganze Forderung. Der Gesetzgeber hat sich in den gegebenen Vorschriften ganz passend ausgesprochen. — Aber abgesehen davon hat er den Hypotheken-Gläubiger auch nicht ein größeres Recht als dem Faustpfand-Gläubiger zugetheilt; er hat nur bestimmt, daß der eine, so wie der andere, sich an das Pfand halten könne. Weiter, als diese Worte lauten, kann man den Gläubiger auch nicht in seinen Befugnissen vorschreiten lassen. Er hat hiernach ein Adhäsionsrecht, keinesweges aber ein Dispositionsrecht, also, nicht das Recht, sich bezahlt zu machen, sondern nur das Recht, sich bezahlt machen zu lassen. Der Schuldner hat nicht etwas zu dulden, sondern etwas zu thun. Das Recht des Eigenthümers einer Sache ist umfangreicher, als das des Pfandinhabers; dieses steckt in jenem. Der Letztere hat keine Anordnungen zu treffen, was hinsichts der beweglichen und unbeweglichen Pfandstücke geschehen soll; dieses gehört nicht zu seinem Ressort, und hat er sich darin nicht zu mischen, so lange das Recht auf Sicherheit seiner Forderung nicht geschmälert wird; es bleibt ihm nur überlassen, hierüber zu wachen, und er hat, als der sich passiv zu verhaltende Gläubiger, nur das Recht, gerichtliche Anträge dahin zu machen, daß der Schuldner durch Zwangsmittel angetrieben werde, die Verwerthung des Pfandstücks zu veranlassen, und seine (des Gläubigers) Befriedigung zu bewirken. In welcher Art dieses zur Ausführung gebracht werden sollt, ist ganz allein Sache des Eigenthümers. Derselbe kann daher zu diesem Zweck auch ohne Zustimmung des Pfandgläubigers das Pfand außergerichtlich verkaufen, auch weiter verpfänden. Der Pfandgläubiger, welcher

Digitized by Google

also nicht das Recht hat, eigenbeliebig zu bestimmen, daß das eine Grundstück verkauft und das andere von der Subhastation frei bleiben soll, hat daher auch kein Recht, das eine oder das andere Grundstück der Pfandhaft zu entlassen; denn sonst würde in ein solches Verfahren implicite für den Gläubiger die Berechtigung gelegt sein, festzusetzen, welches Grundstück er eigenbeliebig verkauft haben wollt, wodurch widerrechtlich in die Rechtssphäre des Eigenthümers eingegriffen würde.

Da nach dem Vorgetragenen der Gesetzgeber hinsichts der Veräußerung verpfändeter Grundstücke keine andere Bestimmungen machen kann, als welche in Betreff beweglicher Sachen gegeben sind, so wird auch nach §. 204 der Richter nach seinem Ermessen zu bestimmen haben, welches von drei Grundstücken zuerst zum Verkaufe kommen soll, wenn von Seiten des Schuldners hierüber keine Anzeige erfolgt. — Wenn der §. 201 bestimmt, daß nur so viele von den Pfandstücken verkauft werden dürfen, als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich sind, so ist hier nur von „dürfen“ nicht von „sollen“ die Rede. Wenn also mehrere für sich bestehende Grundstücke unter sich in einem solchen landwirthschaftlichen Verhältnisse stehen, daß bei dem Verkaufe derselben zusammen weit mehr herauskommen würde, als wenn sie einzeln verkauft würden, so kann der Subhastationsrichter den Antrag des Eigenthümers, den Gesammtverkauf der Grundstücke zu veranlassen, deshalb nicht ablehnen, weil das eine schon ausreichend zur Deckung der Forderung sein würde. — Auch ein solcher Antrag des Gläubigers würde berücksichtigt werden müssen, wenn er nachweisen kann, daß er seine Forderung nicht gänzlich berichtigt erhalten könnte.

Wenn das Rescript vom 23. März 1810 sich dahin ausspricht, daß der Richter bei erfolgter Verpfändung mehrerer Grundstücke für eine Schuld arbitriren solle, aus welchem mit höchster Wahrscheinlichkeit die Forderung bei dem Verkaufe werde berechtigt werden können, und daß er alsdann nur dieses taxiren und verkaufen solle, so ist diese Anweisung hinsichts des Schuldners

Digitized by Google

zwar gut gemeint, indessen der Natur der Pfandverhältnisse widersprechend, und es wird der Richter auch dem Regresse ausgesetzt, wenn durch zufällige Umstände die Wahrscheinlichkeit nicht zur Gewißheit wird, oder der Schuldner erklärt, daß ihm der Verkauf des vom Richter ausgebotenen Grundstücks mehr Nachtheile bringe, als ein anderes. Der §. 202 muß auch bei unbeweglichen Pfändern maaßgebend sein, und müssen alle verpfändete Grundstücke taxirt und ausgeboten werden, damit der Schuldner bei der Zuschlags-Prozedur die Wahl nicht verliert. Wollte man zur Ersparung bedeutender Kosten für den Schuldner wirksam sein, so möge derselbe bei Einleitung des Subhastations-Verfahrens aufgefordert werden, unter Verzichtleistung auf fernere Wahl das zu subhastirende Grundstück zu bezeichnen. Dieses schonende Mitwirken kann aber nur eintreten, wenn die verpfändeten Grundstücke Eigenthum *eines* Schuldners sind, weil, wenn sie verschiedenen Eigenthümern gehören, oder ein späteres Ingrossat sich vorfindet, alle zum Verkaufe ausgeboten werden müssen, um den Antheil der Mitverhafteten zu bestimmen, den sie beizutragen haben.

Hieraus wird sich auch ergeben, daß die im §. 521 Thl. I Tit. 50 Allg. G. Ord. aufgenommene Bestimmung keine für die Abtheilung gemeinschuldnerischer Rechtsverhältnisse ganz eigenthümlich gegebene Vorschrift, sondern nur ebenfalls eine aus dem Pfandverbande (Gemeinschaft) sich von selbst ergebende Folgerung ist, welche daher auch bei jeder insufficienten Kaufgeldermasse in Anwendung kommen muß, wie es auch die Verordnung vom 28. Decbr. 1840 bestimmt. — Was die Correal-Verpflichteten betrifft, so sind sie nur dem Gläubiger gegenüber aufgetreten, um eine *Verbindlichkeit* zu übernehmen. Wenn also in der Subhastation die Löschung der Post auf dem einen Grundstücke zu verfügen ist, muß sie auch auf den anderen mit verhafteten Grundstücken erfolgen, denn es ist nur eine Verbindlichkeits-Löschung, und von Rechtserhaltung für sie kann nicht die Rede sein, da von ihnen untereinander darüber nichts festgesetzt, nicht einmal

Digitized by Google

angedeutet ist. — Wenn aber die Solidarhaft derselben nicht anerkannt wird, so beruht ihre Rechtserhaltung in der Gegenseitigkeit ihrer Verpflichtung, und sie dürfen dieserhalb eben so wenig in Sorgen sein, als der später nur auf einem Grundstücke ingrossirte Gläubiger deshalb, daß der Gläubiger der früher eingetragenen, durch Verpfändung mehrerer Grundstücke gesicherten Forderung mit den Eigenthümern der Grundstücke solche Verabredungen treffen könnte, wodurch der Verlust seines Ingrossats bewirkt würde. —

Es scheinen hiernach die auf diesen Gegenstand bezüglichen Gesetzstellen in vollem Einklange zu stehen, — und es dürfte die seit länger als 30 Jahren in der Praxis bestandene Annahme eine Abänderung erleiden.

Digitized by Google

LXXVI.

Wenn der Appellations-Richter die Erhebung eines Eides dem erster Instanz-Richter aufträgt, kann die Restitution gegen Versäumung des Schwurtermins gültig nur beim Appellationsrichter im Lauf der gesetzlichen 10 tägigen Frist nachgesucht werden.

(Gesetz v. 21. Juli 1843 §. 1. V. 21. Juli 1846 §. 30. 31.)

Rechtsfall,

mitgetheilt von

Sommer.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Peter Ebener III. zu Selbach, Verklagten und Appellanten, wider den Kaufmann Heinrich Steffe jun. zu Siegen, jetzt den Curator der Heinrich Steffe'schen Concursmasse, Rechts-Anwalt Werne daselbst, Kläger und Appellaten, hat der Civil-Senat des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 10. Dezember 1853, an welcher der Geheime Justiz-Rath Rintelen und die Appellationsgerichts-Räthe v. Bannwarth, Wermuth, Stündeck und Hülsmann Theil genommen haben, für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der Kreisgerichts-Kommission zu Bur-

Digitized by Google

bach vom 12. März 1853 zu bestätigen und Appellant zu den Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Kläger behauptet, Verklagter habe einen von ihm acceptirten, unterm 30. October 1852 ausgestellten und drei Monate a dato an die eigene Ordre des Klägers gerichteten Wechsel über 200 Thlr. im Monat Januar 1853 nach geschehener Vorlegung zerrissen, jedoch Zahlung versprochen, diese aber nicht geleistet. Verklagter hafte deshalb nicht allein aus der Acceptation jenes Wechsels, sondern auch deshalb, weil er bereits früher für die Wechselsumme vom Kläger Deckung erhalten habe.

Es ist beantragt, den Verklagten wechselmäßig, eventuell nicht wechselmäßig zu verurtheilen, dem Kläger 200 Thlr. nebst 6 Prozent Zinsen seit dem 30. Januar 1853 zu zahlen.

Verklagter wurde, da er zur Beantwortung der Klage nicht erschien, durch das Contumacial-Erkenntniß der Königlichen Kreisgerichts-Commission zu Burbach vom 12. März dieses Jahrs nach dem Klageantrage verurtheilt.

Verklagter hat gegen dieses Erkenntniß, indem er den gesammten Klaginhalt bestreitet, Appellation eingelegt und um Abweisung der Klage gebeten. Für den Kläger und Appellaten, welcher mittler Weile in Conkurs gerathen war, ist der Concurscurator, Rechtsanwalt Weine, in den Prozeß eingetreten. Derselbe hat dem Verklagten und Appellanten, nachdem der über den Klageinhalt produzirte Zeugenbeweis mißlungen war, einen Eid dahin deferirt:

daß er einen vom Kläger an eigene Ordre unterm 30. October 1852 auf den Verklagten gezogenen Wechsel über 200 Thlr., zahlbar nach drei Monaten und vom Verklagten angenommen, bei der im Januar 1853 Seitens des Klägers erfolgten Vorlegung desselben nicht zerrissen habe,

welchen Verklagter hierauf zur Ausschwörung acceptirt hat.

Digitized by Google

Dieser Eid sollte vom Verklagten am 3. November 1853 vor der Gerichts-Commission zu Burbach erhoben werden. Derselbe fand sich jedoch der gehörig geschehenen Vorladung ungeachtet in diesem Termine nicht ein, erschien vielmehr am gedachten Tage vor dem Kreisgerichte zu Siegen, zum Protokoll erklärend, daß er angenommen habe, daß dort der Eid erhoben werden sollte.

Unterm 11. November 1853 überreichte derselbe beim Königlichen Kreisgerichte zu Siegen ein förmliches Restitutionsgesuch, indem er sich zugleich zur Eidesleistung erbot. Dieses Restitutionsgesuch ging erst unterm 19. November dieses Jahrs beim Königlichen Appellationsgerichte ein.

Das Gesetz vom 21. Juli 1846 §. 31. verordnet, daß, wenn ein deferirter oder referirter Eid nicht abgeleistet ist, binnen 10 Tagen nach versäumtem Termine Restitution nachgesucht werden könne, ohne zu bestimmen, ob dieses Gesuch bei dem Richter erster Instanz oder bei dem Richter derjenigen Instanz, welcher die Erhebung des Eides angeordnet hat, eingereicht oder angebracht werden müsse.

Es entsteht also die Frage, ob vom Verklagten die Restitutionsfrist durch Ueberreichung seines Gesuchs beim Königlichen Kreisgerichte zu Siegen gewahrt worden ist? — Diese Frage muß verneint werden.

Zwar verordnet das Gesetz vom 21. Juli 1843. §. 1:

„Die Frist zur Einlegung jedes zulässigen Rechtsmittels ist nur dann gewahrt, wenn dasselbe innerhalb der gesetzlich dazu bestimmten Zeit bei demjenigen Gerichte angebracht wird, welches das Erkenntniß erster Instanz abgefaßt hat“

und das Gesetz vom 21. Juli 1846 §. 30:

„die Rechtsmittel gegen Erkenntnisse sind innerhalb der gesetzlich dazu bestimmten Fristen bei den Gerichtsbehörden, welche in erster Instanz instruirt oder erkannt haben, einzulegen,“

Digitized by Google

und es könnte deshalb fraglich erscheinen, ob die Restitution behufs Ableistung deferirter oder referirter Eide nicht ebenfalls vom ersten Richter nachgesucht werden müsse. Allein obige Bestimmungen, wegen Einlegung der Rechtsmittel, beziehen sich nur auf diejenigen Rechtsmittel, welche gegen erlassene Erkenntnisse eingelegt werden. Die vom Verklagten und Appellanten nachgesuchte Restitution gehört aber nicht zum Gebiete der letzterwähnten Rechtsmittel. Beim Mangel einer besondern gesetzlichen Vorschrift muß man also die Natur und den Zweck der nachgesuchten Restitution in's Auge fassen. Dieses Gesuch ist offenbar an denjenigen Richter zu richten, welcher auf Ableistung des deferirten oder referirten Eides resolvirt hat. Denn in seiner Hand befinden sich die Prozeßacten; er ist es allein gewesen, welcher über die Erheblichkeit des Eides befunden hat, er ist es allein, welcher die Folgen der Nichtableistung des Eides zu bestimmen hat. Würde aller dieser Umstände ungeachtet das Restitutionsgesuch beim ersten Richter anzubringen sein, so würde der erste Richter keine weitere Bestimmung haben, als das bei ihm eingereichte Gesuch demjenigen Richter, welcher die Erhebung des Eides angeordnet hatte, zu übersenden und demselben die weitere Verfügung anheim zu stellen.

Nach dieser Ausführung ist also das Restitutionsgesuch, welches vor dem Richter zweiter Instanz gehörte, bei diesem zu spät angebracht.

Es muß deshalb gegen den Verklagten und Appellanten in contumaciam angenommen werden, daß er den deferirten Eid zu schwören nicht gekonnt oder nicht gewollt habe.

Hiernach war aber das erste Erkenntniß lediglich zu bestätigen.

Digitized by Google

LXXVII.

Zur Entschädigung für aufgehobene Fähr-Gerechtigkeiten in Folge der Verordnung vom 16. Juni 1838 ist nicht erforderlich, daß der Tarif vom Landesherrn selbst vollzogen, auch nicht, daß er als ein unabänderlicher ausdrücklich verliehen worden. (A. L. R. II, 15. §. 94 -96)

Rechtsfall
mitgetheilt von
Sommer.

Nach der Verordnung vom 16. Juni 1838 (Ges. S. 1838 S. 353) sollten (in Folge des Vertrags mit Baiern) die für die Benutzung von Kommunikations-Anstalten bestehenden Abgaben, als Wage-, Pflaster-, Brücken-, Damm-, Fährgeld u. s. w. auf denjenigen chaussirten und nicht chaussirten Straßen, welche der Minister der Finanzen und des Handels nach dem Bedürfnisse des Verkehrs dazu vorschlagen werde, einer Revision unterworfen, und, soweit sie die Unterhaltungs- und Wiederherstellungskosten übersteigen, da, wo es noch nicht geschehen, auf einen diesen Kosten angemessenen Betrag ermäßigt werden. (§. 1.) Für den aus der Ermäßigung der Abgaben entstehenden Verlust wurde eine Entschädigung aus Staatskassen zugesichert, insofern nicht bei der Verleihung des Rechts dessen Wiederruf oder Min-

Digitized by Google

derung ausdrücklich vorbehalten worden, auch nicht das Hebungsrecht am 31. März 1837 einer Gemeinde zustand und dieses sich nicht auf keinem speziellen lästigen Erwerbtitel gründete. (§. 6.) Der Staat behielt sich auch (§. 14) vor, die gedachten Brücken- und Fährgeld-Berechtigungen auf Antrag des Finanz- und Handels-Ministers zurückzunehmen, gegen die §. 6 verhandelte Entschädigung, der die Einnahme in den letzten sechs Jahren vor der Wiedereinziehung zum Grunde zu legen.

Die Erben Lohmann in Witten besaßen als Besitzer des Ritterguts Berge eine solche Fähr-Gerechtigkeit über die Ruhr seit unvordenklichen Zeiten. Eine Verleihung eines bestimmten Tarifs konnten sie nicht nachweisen, wohl aber war derselbe von der Bezirksregierung am 21. Juli 1817 und 2. Juli 1842 festgestellt worden. In Folge der Verordnung vom 16. Juni 1838 ward der Tarif im Interesse des öffentlichen Verkehrs um $^{2}/_{3}$ ermäßigt. Die nach vergeblichen gütlichen Unterhandlungen von den Erben Lohmann auf in separato festzustellende Entschädigung für diese Ermäßigung um $^{2}/_{3}$ gegen den Fiskus erhobene Klage ward vom Arnsberger Kreisgerichte angebrachter Maaßen abgewiesen, weil der Tarif vom 21. Juli 1817 als nicht vom Landesherrn erlassen nach §. 93 ff. A. L. R. II, 15 der Entschädigungsberechnung nicht zum Grunde gelegt werden könne. Die Kläger appellirten, und das Appellations-Gericht zu Arnsberg erkannte am 18. Dezember 1852 nach dem Klagantrage. Es nahm an, es genüge, daß die Kläger zur Zeit der Erlassung der Verordnung vom 16. Juni 1838 in einem zu Recht bestehenden Besitze des Tarifs gewesen, daß sie nach selbem, wenn auch nicht vom Gesetzgeber selbst erlassen, zu heben berechtigt gewesen, somit in Folge der Verordnung vom 16. Juni 1838 für Verminderung dieser rechtmäßigen Einnahme Entschädigung verlangen können. Fiskus revidirte und erhob zugleich die Nichtigkeitsbeschwerde. Der erste Senat des Obertribunals bestätigte am 19. October 1853 das zweite Erkenntniß.

Digitized by Google

Gründe.

Die Kläger haben gegen den Fiskus klagend darauf angetragen:

ihnen für den durch die Herabsetzung der einzelnen Sätze ihres Ruhrfährgeld-Tarifs vom 21. Juli 1817. resp. 2. Juli 1842 um $^2/_5$ entstehenden Verlust vollständige, in Gemäßheit der §§. 5 und 6 der Verordnung vom 16. 1838 in separato festzustellende, Entschädigung zu leisten.

Mit diesem Antrage sind sie in erster Instanz, jedoch nur angebrachtermaaßen, abgewiesen worden, weil, obwohl ihnen ein Entschädigungs-Anspruch an und für sich zustehe, sie doch kein Recht auf die in den gedachten Tarifen, da solche nur provisorisch erlassen und nicht landesherrlich bestätigt worden, bestimmter Sätze nachgewiesen hätten. In zweiter Instanz ist jedoch auf die Appellation der Kläger lediglich nach dem gedachten Klage-Antrage erkannt, und dadurch die Appellation des Verklagten, welche die gänzliche Abweisung der Kläger bezweckte, für erledigt erklärt worden. Diese Entscheidung mußte auch, auf die dagegen eingelegte Revision und auf die als Revision zu behandelnde Nichtigkeitsbeschwerde als wohl begründet, bestätigt werden.

Es steht als unstreitig fest, daß den Klägern die Fährgerechtigkeit auf der Ruhr bei Witten zusteht, und ihren Rechtsvorgängern diese Gerechtigkeit als Pertinenz des Ritterguts Berge oder Witten bereits seit älterer Zeit und schon im Normal-Jahr 1740, mithin schon vor Einführung des A. L. R. im Jahre 1794, zustand. Dieses Fährrecht, welches sowohl nach dem gemeinen deutschen Rechte, als nach dem A. L. R. das Recht in sich begreift, eine Fähre zum Uebersetzen von Menschen und Güter über einen Strom für Geld, für ein Fährgeld, zu halten, — Runde, deutsches Privat-Recht §. 108 A. L. R. II, 15 §. 51 — bedurfte also zu seiner Rechtsbeständigkeit keiner neuen Verleihung auf den Grund des §. 51 A. L. R. a. a. O. unter den für die Verleihung eines solchen niederen Regals in den §§. 26 ff. II 14 A. L. R. vorgeschriebenen Formen und Beschrän-

Digitized by Google

kungen, eben weil dasselbe schon zu Recht bestand und als wohlerworbene Gerechtsame nach §. 8 des Publ.-Patents vom 5. Febr. 1794 angesehen und geschützt werden mußte. Dagegen bedurfte es zur Fixirung eines bestimmten Fährgeldes der Bestimmung durch den Staat nach näherer Vorschrift der §§. 94—96 II, 15 A. L. R. welche dahin lauten:

§. 94. Wer nach §. 51 eine Prahmgerechtigkeit hat, muß die Bestimmung der für das Ueberfetzen zu nehmenden Abgabe vom Staate erwarten.

§. 95. So lange der Staat noch keine Abgabe festgesetzt hat, hängt die Bestimmung derselben in jedem einzelnen Falle, von dem Abkommen zwischen dem Berechtigten und denen, welche sich des Prahms bedienen wollen, ab.

§. 96. So lange ein Prahmberechtigter noch mit keinem Tarif vom Staate versehen ist, kann er den Reisenden auch in derselben Gegend nicht wehren, sich anderer Mittel zum Ueberfetzen zu bedienen.

Man kann es dahin gestellt sein lassen, ob bei dieser Bestimmung des Prahm- oder Fährgeldes die bisher üblichen Sätze zum Grund zu legen waren, und bei dem Tarif vom 21. Juli 1817 wirklich zum Grunde gelegt worden sind. Auf jeden Fall kann nach diesen gesetzlichen Vorschriften, so wie nach der Natur der Sache in dieser Bestimmung des Tarifs für eine rechtlich schon bestehende Fährgerechtigkeit, welche wesentlich im Interesse des Publikums und zur Abwendung einer jedesmaligen Stipulation des Fährgeldes erfolgt, nicht erst die Verleihung eines niederen Regals und nicht erst der Erwerbs-Titel für ein solches Regal, sondern nur eine gesetzlich angeordnete polizeiliche Maaßregel zur Ueberwachung und Begrenzung der Ausübung des schon verliehenen und rechtlich bestehenden Fährrechts gefunden werden. Von diesem Gesichtspunkt aus erscheint es denn auch völlig anstatthaft, in dieser landespolizeilichen Maaßregel die Verleihung eines niederen Regals finden, und deren Rechtsgültigkeit, gleich der Verleihung eines Regals, nach §. 28 II 14 A. L. R. von

Digitized by Google

der landesherrlichen ausdrücklichen Bestätigung abhängig machen zu wollen.

Der Tarif vom 21. Juli 1817 ist von der ersten Abtheilung der Königlichen Regierung zu Arnsberg, mithin von derjenigen Staats-Behörde angeordnet worden, welche damals nach der Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-Behörden vom 30. April 1815 §. 13 G. S. S. 88 die Landespolizei in dem dortigen Regierungs-Bezirk zu verwalten hatte. Da die Behauptung der Kläger und Appellanten, daß auch eine Genehmigung der betreffenden Ministerien in Betreff dieses Tarifs erfolgt sei, vom Verklagten nicht ausdrücklich bestritten und der darüber deferirte Eid nur deßhalb für unerheblich erklärt worden ist, weil es doch immer der landesherrlichen Genehmigung bedurft hätte, so ist anzunehmen, daß jene Behauptung richtig sei. Auf jeden Fall streitet die Vermuthung dafür, daß die Königliche Regierung, bevor sie jenen Tarif normirte, die Genehmigung des Ministerii, wenn es dessen nach der damaligen Verfassung bedurft hätte, eingeholt haben wird. Dieser Tarif bestand also in so vollgültiger Wirksamkeit, daß die Fährrechts-Inhaber eben so berechtigt, als bei Strafe der in dem Gesetze vom 20. März 1837 Ges. Samml. S. 57 angeordneten Geldbußen im Fall der Ueberschreitung, verpflichtet waren, denselben bei der Erhebung der Fährgelder in Anwendung zu bringen. Derselbe war nunmehr der in §. 94 II 15 A. L. R. gedachte, vom Staat d. h. von der kompetenten Staats-Behörde bestimmte Tarif. Die Kläger befanden sich also, auf den Grund eines gültigen Rechtstitels und eines obrigkeitlich festgestellten Tarifs in dem rechtmäßigen Besitz der Hebung des Fährgeldes nach diesem Tarif, als die Verordnung vom 16. Juni 1838 die Kommunikations-Abgaben betreffend, erging. Sie waren, da ihnen der Fiskus dennoch das Recht auf Entschädigung bestritt, nach §. 8 dieser Verordnung, ohne Zweifel berechtigt, rechtliches Gehör zu verlangen. Es gebührt ihnen, wegen der Rechtmäßigkeit ihrer

Digitized by Google

Hebung, auch allerdings die geforderte Entschädigung nach §. 5 daselbst, welcher bestimmt:

> Für den aus der Ermäßigung der Abgaben entstehenden Verlust, wird eine Entschädigung aus Unseren Kassen gewährt, in so fern nicht bei der Verleihung des Rechts dessen Widerruf oder Minderung ausdrücklich vorbehalten worden ist.

Ein solcher ausdrücklicher Vorbehalt ist im vorliegenden Fall überhaupt nicht und selbst auch in dem Tarif von 1817 nicht gemacht worden, daher muß die Entschädigung nach dem Ausdruck dieses Gesetzes erfolgen. Das Gesetz erfordert zur Begründung des Entschädigungs-Anspruchs neben der nachzuweisenden Rechtmäßigkeit der bisherigen Hebung (§. 3) nirgends auch noch außerdem den Nachweis eines unabänderlichen Rechts auf einen bestimmten Tarif und dessen Sätze, welcher selbst bei einer landesherrlichen Verleihung des Tarifs insbesondere noch nicht zuführen sein würde. Das Gesetz erfordert im Gegentheil, um dem Berechtigten, den ihm nach allgemeinen Grundsätzen — A. L. R. Einlcit. §§. 70 74 I 8 §. 31 — zustehenden Anspruch auf Entschädigung für die Aufopferung seines Rechts (d. h. desjenigen Ertrages, welcher ihnen dasselbe nach Abzug der Unterhaltungs- und Wiederherstellungs-Kosten für die Fähranstalt, aufbrachte) zum allgemeinen Besten und zur Beförderung des Verkehrs, abzusprechen, daß das Recht des Widerrufs oder der Minderung bei der Verleihung ausdrücklich vorbehalten worden sei. Hieraus geht klar hervor, daß die Entschädigung für die Ermäßigung einer bisher rechtmäßig bezogenen Hebung nicht etwa durch die Betrachtung ausgeschlossen werden kann, daß der bestehende Tarif nicht als ein unabänderlicher ausdrücklich verliehen worden sei.

Indem hiernach das vorige Urtel, als vollkommen gerechtfertigt bestätigt werden mußte, war auch der verklagte Fiskus nach §. 10 Tit. 23 Proz.-Ord. in die Kosten dieser Instanz

Digitized by Google

von denen jedoch die gerichtlichen wegen der Sportelfreiheit des Fiskus außer Ansatz bleiben, zu verurtheilen.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterschrift des Königlichen Obertribunals.

LXXVIII.

1. Zur Gestattung der Rittergutsqualität ist ein Naturalreinertrag von tausend Thlr. hinreichend.
2. Ueber die Löschung eines Ritterguts in der Matrikel ist der Rechtsweg zwar ausgeschlossen, wenn aber auf Gewährung der Ritterguts-Qualität geklagt wird, ist der erkennende Richter die Rechtmäßigkeit der Löschung zu prüfen verpflichtet
3. Findet er die Löschung als zur Ungebühr erfolgt, so ist Kläger abzuweisen.

Mitgetheilt
von einem Praktiker.

Der Gutsbesitzer Friedrich Pabst verkaufte durch Vertrag vom 26. Februar 1844 sein im Kreise Lippstadt belegenes Gut Ringe dem Sanitäts-Rath Sonderland zu Barmen für die Summe von 70,000 Thlr. Nach Inhalt des Vertrages sollte dem Gute die Rittergutsqualität ankleben. Allein schon im Jahre 1841

Digitized by Google

wurde die Rittergutsqualität, weil der Katastral-Reinertrag des Gutes durch von Pabst vorgenommene Veräußerungen von Grundstücken unter tausend Thaler gesunken war, von der landräthlichen Behörde angefochten, was den Sonderland veranlaßte, seinen Auctor aufzufordern, die versprochene Eigenschaft unbestritten zu stellen. Die Aufforderung hatte keinen Erfolg, vielmehr wurde das Gut auf Anweisung des Ministers des Innern, aus dem angeführten Grunde, im Monat Januar 1848 in der Rittergut-Matrikel gelöscht. Jetzt erhob Sonderland gegen seinen Vorbesitzer Klage, in welcher er darauf antrug:

> den Verklagten schuldig zu erkennen: ihm, dem Kläger, die mit dem Gute Ringe verkaufte Rittergutsqualität zu gewähren, oder den in separato zu ermittelnden Werth, den dieselbe zur Zeit des Ankaufs des Guts Ringe am 26. Febr. 1844 gehabt, zu ersetzen.

Die Klage war darauf gestützt, daß der Verklagte den Verlust der ausdrücklich versprochenen, mithin auch zu gewährenden, Eigenschaft durch von ihm vorgenommene Veräußerungen, wodurch der zur Rittergutsqualität erforderliche Katastral-Reinertrag von tausend Thaler unter diesen Betrag gesunken, herbeigeführt habe.

Verklagter bestritt den Anspruch. Er gab die Abtretung mehrerer Grundstücke zwar zu, behauptete aber, daß dadurch, weil mit den abgetretenen Grundstücken sehr lästige Servituten abgelöst seien, der wirkliche Ertrag des Gutes erheblich gestiegen wäre. Wenn Kläger dies unter Vorlegung einer Taxe geltend gemacht so würde die Streichung des Guts in der Matrikel nicht erfolgt sein. Allein auch hiervon abgesehen sei der Anspruch unbegründet, weil der Artikel 40 der Verfassung vom 5. Dezember 1848 die gewissen Grundstücken zustehenden Privilegien ohne Entschädigung ausdrücklich aufgehoben habe.

Durch Erkenntniß des Land- und Stadtgerichts zu Rüthen vom 9. Febr. 1849 wurde Verklagter nach dem Klageantrage verurtheilt.

Digitized by Google

Das Gericht ging davon aus, daß eine vorbedungene Eigenschaft nicht geleistet sei. Der Mangel, der die Entziehung der Qualität veranlaßt, sei schon zur Zeit des Verkaufs vorhanden gewesen. Nachdem Verklagter von diesem Mangel Kenntniß erhalten, sei es seine Sache gewesen, die zur Abwendung des drohenden Verlustes geeigneten Mittel an die Hand zu geben, und eine etwaige Versäumung hierin falle ihm allein zur Last. Der Klagantrag wegen der vorbehaltenen Werthbestimmung sei deshalb begründet, weil Kläger das Gut für den Preis gekauft, welchen es im Jahr 1846 mit Einschluß der Rittergutsqualität gehabt.

Verklagter appellirte. Er machte noch besonders geltend, daß jedenfalls zu früh geklagt sei. Das bloße Streichen in der Matrikel Seitens des Oberpräsidenten, der den wirklichen Reinertrag mit dem Katastralertrag irrigerweise verwechselt habe, bewirke noch nicht den Verlust des Rechts, vielmehr sei gegen dieses ungerechtfertigte Verfahren Berufung auf die Provinzialstände und der Rechtsweg zulässig gewesen.

Der Appellat bestritt dies und behauptete, daß der Katastralertrag entschiedend sei.

Der Civil-Senat des Appellationsgerichts zu Arnsberg trat dieser Ansicht nicht bei und wies durch Erkenntniß vom 20. Oktober 1849 den Kläger aus folgenden Gründen mit seiner Klage ab:

Nach dem Inhalte des Vertrages kann es nicht zweifelhäft sein, daß Appellant die Rittergutsqualität zu gewähren hat. Daraus folgt aber nicht, daß er die durch den Minister des Innern erfolgte Entziehung der versprochenen Eigenschaft zu vertreten hat, vielmehr fragt sich zunächst, für welche Beschaffenheit der Sache der Verkäufer die Vertretung übernommen hat, als er versprach, dem Gute solle die Rittergutseigenschaft ankleben? Versprochen ist diejenige Eigenschaft des Gutes, daß demselben die Rechte eines Rittergutes zustehe. Aus der Natur dieser ehemaligen Berechtigungen folgt, daß diese Eigenschaft wesentlich publi-

Digitized by Google

cistisch ist; sie betrifft nicht unmittelbar die physische Beschaffenheit der Sache, sondern ist eine juristische Qualität.

Nach Artikel XI des Gesetzes vom 13. Juli 1827 tritt der Verlust der Rittergutseigenschaft — was ein besonderes durch das Gesetz vom 11. Januar 1838 vorgeschriebenes Verfahren voraussetzt — in Folge von Zerstückelungen, oder, wie das letzte Gesetz hinzufügt, wegen Substanzverminderung ein bei Gütern unter 1000 Thlr. Reinertrag bei jeder Veräußerung — bei Gütern über 1000 Thlr., sobald das beim Gute Verbliebene nicht mehr 1000 Thlr. reinen Ertrag gewährt. Gesetzlich kann also die Rittergutsqualität nur bestehen bleiben, wenn ein gewisser Reinertrag vorhanden ist. Die ausdrücklich bedungene Rittergutsqualität hat demnach die stillschweigende gesetzliche Voraussetzung, daß das Gut einen gewissen Reinertrag gewähre. Auf den vorliegenden Fall angewendet, liegt in dem Versprechen des Verkäufers „das Gut werde als Rittergut verkauft“ und in den oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen, die von dem Verkäufer übernommene Verbindlichkeit, ein Gut zu gewähren, welches zur Zeit der Uebergabe den gesetzlichen Reinertrag hatte, um die anklebende Gerechtsame als Rittergut bewahren zu können, oder mit anderen Worten: Haftet Verkäufer für die vorbedungene juristische Qualität des Guts als eines Ritterguts, so haftet er nothwendig auch für die gesetzlich erforderliche physische Beschaffenheit eines solchen zur Zeit der Uebergabe. In dieser Hinsicht ist erheblich, ob die Entziehung der Qualität aus dem Grunde stattgefunden hat, weil der vom Verkäufer zu vertretende gesetzliche Reinertrag bei der Uebergabe nicht vorhanden war. Denn in diesem Falle liegt die Schuld, daß Käufer sich der gegebenen Sache nicht in bedungener Weise bedienen kann, auf Seiten des Verkäufers. Die Entziehung selbst bedarf daher einer näheren Erörterung.

Es steht unter den Partheien fest, daß das Gut Ringe während der Besitzzeit des Verkäufers durch die stattgefundene Abtretung von Grundstücken in der Substanz verringert worden,

Digitized by Google

daß dadurch der Catastral-Ertrag unter 1000 Thlr. gesunken und aus diesem Grunde die Löschung des Guts in der Matrikel der Rittergüter erfolgt ist.

Die Frage ist daher von Wichtigkeit, ob unter dem gesetzlichen Reinertrag, welchen Verklagter als bei der Uebergabe vorhanden, vertreten muß, der Katastral- oder wirkliche Reinertrag zu verstehen ist. Der Ausspruch des Ministers des Innern ist in dieser Hinsicht nicht präjudiciell. Denn wenn auch nach der Cab.-Ordre vom 4. Dezember 1831 der Rechtsweg gegen eine solche Entscheidung verwehrt ist, so ist dem Richter doch nicht die Interpretation eines materiellen Rechtssatzes in einem Prozeß zwischen Privatpersonen entzogen, wo es auf die Frage ankommt, ob ein Ereigniß von einem Contrahenten zu vertreten ist oder nicht. Der Minister hält den Catastralertrag für den gesetzlichen, seine Auslegung ist aber kein Gesetz. Freilich wird durch die entgegengesetzte richterliche Meinung die verlorne Eigenschaft nicht wieder hergestellt, aber diese Erörterung führt zu der Entscheidung, ob Verkäufer wirklich gewährt hat, was nach den Gesetzen ein Gut als Rittergut qualificirt, und ob er die Entziehung der Berechtigung zu vertreten hat.

Verklagter behauptet, daß zur Zeit des Gesetzes, welches den Reinertrag forderte, das Kataster in Westphalen noch nicht vollendet gewesen, auch in neurer Zeit bei Creirung von Rittergütern stets auf den naturalen Reinertrag gesehen sei, wogegen Kläger zur Vertheidigung der entgegengesetzten Meinung die Analogie der Grundsteuer und das stets Wechselnde des Naturalertrages geltend macht.

Das Gesetz vom 13. Juli 1827 läßt beide Deutungen zu, weil es ohne nähere Bezeichnung nur vom Reinertrag spricht, indeß entscheidet nicht nur die Cab.-Ordre vom 1. August 1831 in Betreff der Westphälischen Rittergüter unzweifelhaft für den wirklichen Natural-Reinertrag, sondern es spricht für diese Annahme noch der Umstand, daß in einem großen Theil der Mo-

Digitized by Google

narchie, in welchem das Gesetz Geltung hat, die Anlegung eines Katasters noch immer nicht zur Ausführung gebracht ist.

Wenn durch Capital-Zahlungen — heißt es in der gedachten Cabinets-Ordre — in Folge der Ablösung der Dienste, Natural- und Geldleistungen das Einkommen eines landtagsfähigen Ritterguts unter den gesetzlichen Betrag verringert wird, welcher zur Erhaltung der Landtagfähigkeit bei eintretender Zerstückelung im Gesetz vom Jahr 1827 vorgeschrieben ist, so soll der Besitzer den Betrag auf näher angegebene Weise ergänzen dürfen.

Da nun solche Berechtigungen, welche an einem Gute haften, bei Berechnung des steuerbaren Reinertrages nicht in Anschlag gebracht werden,

Gesetz vom 21. Januar 1839 §. 17 24

mithin durch sie nur der wirkliche Naturalertrag, nicht der Katastralertrag erhöht, durch ihre Ablösung folgeweise auch nicht der Katastralertrag, sondern nur der naturale verringert werden kann, so liegt in dem Gesetz, welches die Ablösung solcher Berechtigungen ausdrücklich eine Art von Zerstückelungen nennt, und die Möglichkeit anerkennt, daß durch sie der Reinertrag bis unter das gesetzliche Maaß sinken könne, die authentische Declaration, daß der wirkliche Reinertrag allein derjenige ist, welchen das Gesetz vom 13. Juli 1827 für Rittergüter fordert. Hierfür spricht auch der §. 16 des Gesetzes vom 21. Januar 1839, nach welchem die Katastralerträge nur Verhältnißzahlen bilden und bei Verhandlungen über die Grundsteuer ꝛc. nicht als die wirklichen wirthschaftlichen Reinerträge geltend gemacht werden können.

Die Verschiedenheit beider Reinerträge ist schon nach der Berechnungsweise klar und es liegt auch auf der Hand, daß bei Abtretung von Grundstücken zur Ablösung einer auf dem Gute haftenden Last nothwendig der Katastralertrag geringer wird, während möglicherweise der wirkliche Reinertrag höher wird.

Ist nun erwiesen, daß nur der wirkliche Reinertrag das

Digitized by Google

gesetzliche physische Erforderniß eines Rittergutes ist, so hat auch der Verklagte nur das Vorhandensein eines solchen zur Zeit der Uebergabe zu vertreten; da aber der Minister des Innern als competente Statsbehörde d. Löschung auf Grund d. fehlenden Catastralertrages angeordnet hat, so characterisirt sich diese Entziehung als ein Ereigniß, welches nur den Eigenthümer als casus trifft. Konnte der Verlust abgewendet werden, so war es lediglich Sache des Eigenthümers, des Klägers, die geeigneten Mittel zu ergreifen und fallen damit alle Einwürfe des Klägers fort, daß ihm Verklagter die Maßregeln nicht an die Hand gegeben habe. Litisdenunciation war ihm verschlossen, denn eine solche kann selbstverständlich nur stattfinden, wo ein Prozeß anhängig ist. Die Entziehung der publicistischen Berechtigung ist jedoch veranlaßt durch die Staatsgewalt, ohne Prozeß, ohne Anspruch eines Dritten. Eine eigentliche Eviction war auch gar nicht möglich, weil ein Dritter den Anspruch nicht erstreiten konnte. Es könnte nur die Frage entstehen, ob der Kläger Rechte gegen den Staat daraus herleiten könne, daß ihm der Minister des Innern ein vertragsmäßig erworbenes Recht entzogen hat — gegen den Verklagten hat er keinerlei Anspruch; denn was das Rechtsverhältniß der Parteien betrifft, so steht die Entziehung der politischen Rechte des Guts Ringe durch den Minister im Jahr 1847 ganz gleich mit der allgemeinen verfassungsmäßigen Aufhebung der politischen Vorrechte der Rittergüter im Jahr 1848. Beide Ereignisse sind ein casus, und casum sentit dominus. *)

*) Wohl zu merken, daß das Erkenntniß zu einer Zeit erlassen ist, wo die Kunst, die Verfassung auszulegen, noch nicht auf ihrem jetzigen Höhepunkte stand. Inzwischen hat der Minister des Innern durch eine allgemeine Verfügung die Provinzial-Behörden zu einer sorgfältigen und strengen Revision der Ritterguts-Matrikeln aufgefordert, damit solche Güter, die eine nach den älteren ständischen Vorschriften nicht zulässige Verminderung ihrer Substanz erlitten haben, in der Matrikel gelöscht werden. — Hierdurch

Digitized by Google

Ob nun in specie das Gut Ringe bei der Uebergabe den gesetzlich erforderlichen Naturalreinertrag von 1000 Thlr. hatte, ist streitig. Verklagter hat es unter Angabe näherer Details über hohe Pachtsumme, Meliorationen und dergleichen behauptet und Beweis angetreten, Kläger dagegen bestritten. Es bedarf aber einer Beweisaufnahme nicht. Die Klage ist darauf gestützt, daß die Löschung in der Matrikel wegen Verminderung der Substanz und zwar, weil dadurch der Katastralertrag unter 1000 Thlr. gesunken sei, erfolgt ist. Darauf kann aber nichts ankommen. Kläger hätte vielmehr beweisen müßen, daß das Gut bei der Uebergabe einen Naturalertrag unter 1000 Thlr. hatte. Die excipiendo aufgestellte Behauptung des Verklagten, das Gut habe allerdings einen Natural-Reinertrag über 1000 Thlr. gewährt, kann nicht dazu dienen, die auf irrige Voraussetzungen basirte Klage zu substantiiren, zumal bei einer Klage auf Gewährleistung derjenige, der aus dem Vorhandensein eines Mangels Rechte herleiten will, in einem Falle, wo ihm keine rechtliche Vermuthung zur Seite steht, den Beweis führen muß. Es genügt aber auch nicht einmal dieser Beweis. Denn Kläger müßte ferner beweisen, daß die Gerechtsame durch die Staatsgewalt in Folge des vom Verkäufer nicht gewährten Naturalertrages entzogen ist. Dies kann er aber nicht nachweisen, weil feststeht, daß der Minister wegen des fehlenden Katastralertrages gelöscht hat, folglich das Ereigniß immer ein casus bleibt, welcher den Eigenthümer allein trifft.

---

ist die Mittheilung dieses Erkenntnisses, das schon in den Makulatur-Korb gerathen war, wieder ganz zeitgemäß geworden.

Digitized by Google

LXXIX.

1. **Wenn mehrere Mitverklagte jeder auf einen bestimmten Theil einer Verpflichtung belangt, und in erster Instanz von der Klage entbunden sind, kann in zweiter Instanz der Klagantrag auf das Ganze gegen den einen Mitverklagten erweitert werden.**

(A. G. O. Thl. I Tit. 5 §. 22. Verord. v. 14. Dez. 1833 §. 5 № 10 Präjudiz. 524.)

2. **Unter dem im Herzogthum Westphalen provisorisch zum Kirchenbau verpflichteten Decimator major totius parochiae ist auch ein solcher zu verstehen, der nur aus einigen Grundstücken des Kirchspiels Zehnten zu beziehen hat, während die übrigen Grundstücke nicht zehntpflichtig sind. (Ordinatio Clementina de 28. Aug. 1715.)**

3. **Auch die Verwandlung eines Zug-Zehntens in einen Sackzehnten ändert nichts an der Kirchenbau-Verpflichtung des Zehntherrn.**

Rechtsfall,

mitgetheilt von

Sommer.

Die angeführten Entscheidungen sind in den folgenden Erkenntnissen zweiter und dritter Instanz enthalten. Die zweite

Digitized by Google

Entscheidung ist besonders wichtig, wenn man dem Zehntherrn nicht den Regreß gegen den Patron im Definitivum erstatten will. S. Neues Archiv.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Kirchspiels Remlinghausen, Klägers und Appellanten, wider den Fiskus, vertreten durch die Königl. Regierung zu Arnsberg, Verklagten und Appellaten,

hat der Civil-Senat des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg in der Sitzung vom 5. Februar 1853, an welcher die Appellationsgerichts-Räthe Rintelen, Schmidt, Stündeck, Schulz und Hülsmann Theil genommen haben, für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der ersten Abtheilung des Kreisgerichts zu Arnsberg vom 2. April 1852 dahin abzuändern, daß Verklagter schuldig, die zu 237 Thlr. 6 Sgr. 11 Pf. veranschlagten Reparaturkosten der Kirche zu Remlinghausen zu beschaffen, die gerichtlichen Kosten dieser Instanz jedem Theile zur Hälfte aufzuerlegen, die außergerichtlichen zu kompensiren, von den Kosten erster Instanz dagegen der Kläger $^{5}/_{6}$, der Verklagte $^{1}/_{6}$ zu tragen schuldig, die auf den Fiskus fallenden gerichtlichen Kosten aber überall außer Ansatz zu lassen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Das Dach des Chors und Schiffes der Kirche zu Remlinghausen ist reparaturbedürftig und sind die zu verwendenden Reparaturkosten vom Wegebaumeister Vogler zu Meschede auf 237 Thlr. 6 Sgr. 11 Pf. veranschlagt. Weder die Einkünfte der Kirche, noch die Revenüen der Pfarrstelle zu Remlinghausen reichen dazu aus, diese Reparaturkosten zu decken; vielmehr sind nach einem Atteste des bischöflichen General-Vikariats zu Pader-

Digitized by Google

born, Kirche und Pfarrer auſſer Stande, irgend einen Beitrag zu jenen Reparaturkoſten zu leiſten. Deshalb hat das Kirchſpiel Remlinghauſen auf Grund der ordinatio Clementina vom 28. Auguſt 1715 den Königlichen Regierungsfiskus als Nachfolger des Kloſters Grafſchaft und den Gutsbeſitzer Heinrich Schulte in Draſenbeck als decimatores majores im Kirchſpiele Remlinghauſen auf Beſchaffung jener Reparaturkoſten gerichtlich in Anſpruch genommen. Beide Verklagte haben jedoch beſtritten, im Kirchſpiele Remlinghauſen einen Großzehnten zu beziehen. Der Richter erſter Inſtanz hat das klagende Kirchſpiel mit ſeiner Klage gegen beide Verklagte zurückgewieſen, indem angenommen wurde, daß das Klagefundament nicht erwieſen ſei.

Kläger hat appellirt, ſich jedoch auſſer Stande erklärt, nachzuweiſen, daß der Gutsbeſitzer Schulte in Draſenbeck ebenfalls decimator major ſei, er hat deshalb ſeine Appellation nur gegen den Königlichen Regierungsfiskus verfolgt und beantragt, dieſen als einzigen decimator major im Kirchſpiele Remlinghauſen zur Beſchaffung der in Rede ſtehenden Reparaturkoſten zu verurtheilen. Um jedoch den Königlichen Fiskus in den Stand zu verſetzen, eine Mithaft des ꝛc. Schulte in Draſenbeck nachzuweiſen, wurde gegen dieſen ebenfalls vorſorglich die Appellation angemeldet, ſpäter aber, da Fiskus dem Kläger keine Gelegenheit bot, ſeinen Anſpruch gegen den ꝛc. Schulte zu fundiren, definitiv zurückgenommen. In zweiter Inſtanz ſind neue Beweismittel darüber producirt, daß das ehemalige Kloſter Grafſchaft, jetzt der Königliche Regierungsfiskus den Großzehnten im Kirchſpiele Remlinghauſen wirklich zu beziehen habe. Fiskus hat die Abgaben, welche er dort zu erheben hat, als gewöhnliche Kolonatsabgaben bezeichnet, und ihnen die Eigenſchaft eines Großzehnten abgeſprochen, er hat eventuell behauptet, daß, wenn jene Abgaben früher die Natur des Großzehntens gehabt haben ſollten, dieſelbe ſchon vor Publikation der ordinatio Clementina vom 28. Auguſt 1715 in eine fixirte Geld- und Korn-Abgabe verwandelt und deshalb den Beſtimmungen der Clementina nicht unterworfen ſein. Es kann

Digitized by Google

wohl keinem Zweifel nicht unterliegen, daß dieser letzte Einwand, sobald die vom Fiskus zu beziehenden Abgaben ursprünglich wirklich die Eigenschaft des Großzehnten gehabt haben, unbegründet ist. Denn die Verwandlung des Naturalzehntens in einen Sack- resp. Geldzehnten ist nichts weiter als die Fixirung einer unbestimmten Abgabe auf ein bestimmtes Maaß; es hat sich bloß der modus decimandi geändert, der Zehnte selbst ist geblieben, und deshalb sind auch durch eine derartige Verwandlung, welche der Regel nach als eine locatio-conductio aufgefaßt werden muß, die mit der Zehntberechtigung verbundenen Pflichten nicht erlöschen. Auch hat die Clementina nichts Neues eingeführt, sie hat nur die uralte Verpflichtung, daß der Zehnte als eine besondere Art des Kirchenvermögens ebenfalls seinen Beitrag zur Unterhaltung der Kirchengebäude (ad fabricam ecclesiae) liefern müsse, erneuert und genauer fixirt.

Eben wenig kann es einem Bedenken unterliegen, daß das klagende Kirchspiel in zweiter Instanz den Gutsbesitzer Schulte in Drasenbeck aus dem Prozesse entlassen und den Königlichen Fiskus auf den ganzen Betrag der Reparaturkosten in Anspruch nehmen konnte. Denn dem Prozesse liegt noch immer ein und derselbe Anspruch zum Grunde; die ursprüngliche Klagebitte ist in zweiter Instanz nicht erhöhet oder erweitert, sondern nur dahin modificirt, daß Fiskus, da er allein decimator major sei, auch allein die in der Clementina zur Sprache gebrachten Verpflichtungen, der Inhaber eines Großzehnten erfüllen müsse. Es wäre Sache des Fiskus gewesen, hiergegen einzuwenden, daß er im Kirchspiele Remlinghausen mit noch andern Besitzern des Großzehntens concurrire; er hat aber einen solchen Einwand nicht erhoben, sondern sich gefallen lassen, daß ꝛc. Schulte in Drasenbeck aus dem Prozesse entlassen wurde.

Daß aber Fiskus im Kirchspiele Remlinghausen wirklich den Großzehnten als Nachfolger des Klosters Grafschaft zu beziehen habe, kann nach Maaßgabe des geführten Beweises nicht ferner zweifelhaft sein. Denn

Digitized by Google

1. ist in dem Hypothekenbuche der Gemeinde Löllinghausen, welche zum Kirchspiele Remlinghausen gehört, auf die Güter des Max Stratmann, Zehntgeld und Weinkauf für das Rentamt Meschede auf 5 Thlr. 21 Sgr. 2 Pf. eingetragen,
2. liegt eine Quittung vom 13. Januar und 30. Dezember 1806 vor, wonach Renteiscribent Dirlam zu Grafschaft bescheinigt, daß Möller in Löllinghausen wegen Zehntens bestimmte Quantitäten Früchte abgeliefert habe,
3. ist ein Urtheil vom 2. August 1825 producirt, nach welchem Fiskus gegen zwei Einwohner von Löllinghausen auf Zehnthafer geklagt hat,
4. ist in den Grundakten des Gödde in Löllinghausen der Sackzehnte für den Fiskus eingetragen,
5. ist in dem Lagerbuche des Kirchspiels Remlinghausen bemerkt, daß von Gaugreben vom adeligen Gute Baldeborn seit undenklichen Zeiten an Zehnten jährlich 7½ Rthlr. an die Domaine Grafschaft zu entrichten habe,
6. in dem Manual über den Geldempfang beim Königl. Rentamte Meschede findet sich fol. 1 der Vermerk, daß Stratmann zu Baldeborn jährlich 7 Thlr. Zehntgeld entrichten müsse,
7. in dem Renten- und Naturalien-Hauptbuche der Domaine Grafschaft finden sich folgende Notizen:
   a) pro 1803/4, hier sind mehrere Einwohner von Halbeswig mit einer Geldabgabe vom Heuzehnten,
   b) pro 1804/5, Hr. v. Gaugreben zu Baldeborn mit einem Zehntbestandsgelde,
   c) pro 1806 — 1807, derselbe mit einem Zehntbestandsgelde, so wie mehrere Einsassen von Halbeswig mit einer Geldabgabe vom Heuzehnten,
   d) pro 1807, mehrere Einwohner von Halbeswig mit einem Zehntbestandsgelde und einem Weinkaufe vom Zehnten,

Digitized by Google

e) pro 1810/11 mehrere Einwohner von Halbeswig und Löllinghausen mit einer rückständigen Zehntpacht aufgeführt. Sodann sind

8. von der Freifrau von Fürstenberg mehrere Auszüge aus den alten Heberegistern des Klosters Grafschaft aufgelegt.

Nach diesem prästirt:

a) Hr. von Gaugreben zu Baldeborn jährlich wegen Zehntens 7 Thlr. und an Weinkauf 18 Sgr.,

b) die Gemeinde Löllinghausen jährlich überhaupt an Zehnten 1 Malter 5 Scheffel 3 Spint Roggen, 3 Malter 5 Scheffel Braunkorn, 5 Malter 2 Spint Hafer.

Der Einwohner Stratmann daselbst ist zugleich mit einem Reste Zehntgeldes notirt; auch ist ein gewisser Möller mit jährlichem Zehntroggen ad 3 Scheffel, Braunkorn ad 5 Scheffel, Hafer einem Malter aufgeführt.

Ausserdem sind von dem Kläger eine Menge Originalquittungen und Verhandlungen aufgelegt, welche den von dem Dorfe Löllinghausen an das Kloster Grafschaft in den letzten Jahrhunderten entrichteten Zehnten betreffen. In der einen Urkunde bekennt der Abt Heinrich zu Grafschaft, daß ihm Stratmann zu Löllinghausen eine Anzahl Reichsthaler für dreijährige Zehntrückstände entrichtet habe. Nach einer zweiten Urkunde — das Datum konstirt nicht — hat sich der Kellner Wichardus Viehmede mit Stratmann dahin verglichen, daß derselbe an Kornzehnten an das Kloster Grafschaft 1 Malter siliginis und 2 Malter Hafer zu prästiren habe. Aehnliche Urkunden sind beigebracht aus den Jahren 1599, 1610, 1613, 1616, 1623, 1627, 1637.

In einer weitern Urkunde vom Jahre 1654 sagt der Kellner Martin Hiddinghausen zu Grafschaft: Die Eingesessenen des Dorfes Löllinghausen sollen und wollen zu Zehnden ans Kloster Grafschaft von diesem 1654 Jahr um St. Martini unfehlbar an gutem, vortrefflichen Korn liefern, wie folgt: Julius Stratmann, Möller, Steinemann, Niggemann, Brachmann, Stratmann. Bei

Digitized by Google

jedem dieser Einwohner ist nun aufgeführt, wieviel derselbe an Roggen, Gerstkorn und Hafer zu liefern habe.

Endlich erklärt in einer Urkunde vom Jahre 1709 Cölestinus Hoynk, Kellner in Grafschaft, daß sich Stratmann in Löblinghausen mit dem Kloster veraccordirt und 75 Thlr. bezahlt habe, worüber ihm mit dem Vorbehalte quittirt wird, daß er in künftigem Jahre seinen laufenden Zehnten völlig entrichte und bezahle, widrigenfalls der geschehene Nachlaß keinen Platz greifen solle.

Aus dem Alter der Urkunden, dem darin gebrauchten Style und dem Inhalte ersieht man, daß diese Urkunden von den damaligen Vertretern des Klosters Grafschaft ausgestellt sind, und die Regulirung des zum Kloster Grafschaft gehörigen Großzehntens in dem zum Kirchspiele Remlinghausen gehörigen Dorfschaften betrafen. Auch ist bekannt, daß die Zehnten, wiewohl sie ursprünglich der Kirche gebührten und spiritueller Natur waren, in spätern Zeiten sehr häufig an Klöster und milde Stiftungen übergingen, und die Päbste jenen Erwerb der Klöster ausdrücklich genehmigten.

Cap. 2 § 3 de decim. in VI.

Hierdurch erklärt sich, daß und warum sich fast alle ehemaligen Klöster des Herzogthums Westphalen im Besitze des Zehntrechts befanden. Aus allen diesen Umständen ergibt sich ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, daß die von den Aebten und Kellnern des Klosters Grafschaft unterzeichneten Urkunden, deren eben Erwähnung geschehen ist, echt und wirklich von den Vorständen jenes Klosters ausgestellt sind, wiewohl dieses vom Königlichen Regierungsfiskus bestritten worden ist. Es würde deshalb der über die Echtheit jener Urkunden angetretene Beweis, so wie ein fernerer angetretener Beweis über die Zehntberechtigung des Klosters Grafschaft im Kirchspiele Remlinghausen zu erheben gewesen sein, wenn nicht bereits der vom Kläger geführte, oben sub. № 1 — 8 näher erwähnte Urkundenbeweis auf eine, jeden Zweifel ausschließende Weise, also mit juristischer

Digitized by Google

Gewißheit die Behauptungen des klagenden Kirchspiels dargethan hätte.

Bei solcher Lage der Sache konnte aber nur, wie geschehen, erkannt werden.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Fiskus, vertreten durch die Königl. Regierung zu Arnsberg, Verklagter und Implorant gegen Kirchspiel Remlinghausen, Kläger jetzt Imploraten

hat der erste Senat des Königl. Obertribunals in seiner Sitzung vom 11. November 1853, an welcher Theil genommen haben,

die Geheimen Obertribunals-Räthe Freiherr von Gärtner als Vorsitzender, Dr. von Tschirschky, Wilke I., Decker, Dr. von Hermersdorff, Dr. Meyer, Boswinkel, Heineccius

für Recht erkannt:

daß die gegen das Erkenntniß des Civil-Senats des Königl. Appellations-Gerichts zu Arnsberg vom 5. Februar 1853 erhobene Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen, und dem Imploranten die Kosten dieses Verfahrens zur Last zu legen, davon jedoch die gerichtlichen außer Ansatz zu lassen.

V. R. W.

Gründe.

Denn zu I. der Beschwerde kann dem Appellations-Richter nicht die Verletzung wesentlicher Prozeßvorschriften nach der Verordnung vom 14. Dez. 1833 № 3 und № 10 litt. d. wie der Implorant behauptet, deshalb zur Last gelegt werden, weil derselbe, wenngleich der Klageantrag, soweit er den Fiskus betroffen, nur auf eine Verurtheilung pro rata und nicht auf eine Verurtheilung in solidum gerichtet gewesen sei und nicht habe ver-

Digitized by Google

ändert, am wenigsten noch in der zweiten Instanz habe ausgedehnt werden dürfen, dennoch den Fiskus zur Beschaffung der ganzen Reparaturkosten von 237 Thlr. 6 Sgr. 11 Pf. verurtheilt habe. In der Klage, welche gegen den Fiskus und den Gutsbesitzer Schulte zugleich angestellt war, wurde behauptet: die Verklagten müßten die fragl. Reparaturkosten nach Verhältniß ihres Zehntantheils resp. Werths beschaffen und hiernach ward auch der Antrag dahin gerichtet, zu erkennen, daß Verklagter schuldig: die zu 237 Thlr. 6 Sgr. 11 Pf. veranschlagten Reparaturkosten der Kirche zu Remlinghausen, nach Verhältniß ihres im produzirten Verzeichnisse gedachten Zehnt-Antheile und dessen in separato zu ermittelnden Werths unter Vorbehalt ihres Rückgriffs gegen andere Verpflichtete auf den Ersatz zu beschaffen.

Der Appellationsrichter hat nun angenommen, daß das klagende Kirchspiel in zweiter Instanz den Gutsbesitzer Schulte (wie geschehen) habe entlassen und den Königl. Fiskus auf den ganzen Betrag der Reparaturkosten habe in Anspruch nehmen können, weil dem Prozesse noch immer ein und derselbe Anspruch zum Grunde liege, die ursprüngliche Klagbitte in zweiter Instanz nicht erhöhet oder erweitert, sondern nur dahin modifizirt sei, daß Fiskus, da er allein decimator major sei, auch allein die in der Clementina zur Sprache gebrachten Verpflichtungen der Inhaber eines Großzehntens erfüllen müsse. Durch diese Annahme hat der vorige Richter auf keine Weise gegen §. 5 № 10 d. a. a. O. verstoßen, welcher den Fall bestimmt,

> „wenn über den Antrag des Gegners hinaus erkannt worden ist, mit Ausnahme der Fälle, in denen die Gesetze dies ausdrücklich gestatten," (§. 58 Titel 23 Prozeß-Ordnung.)

Aus diesem Gegensatz der Ausnahme zu der aufgestellten Regel ergibt sich, daß hier nur an den Fall gedacht worden ist, wenn der Richter von selbst ohne irgend einen, sei es in erster oder zweiter Instanz hierauf gerichteten Antrag des Gegners demselben mehr zuerkannt hat, als von ihm gefordert wurde, wie

Digitized by Google

denn auch in der Vorschrift jener Regel selbst kein Unterschied zwischen den Anträgen erster und zweiter Instanz und der Zeit ihrer Vorbringung überhaupt gemacht worden ist. Dieser Nichtigkeits-Grund kann also hier schon um deswillen nicht zutreffen, weil das klagende Kirchspiel wirklich den Antrag gestellt hat, den Fiskus auf das Ganze zu verurtheilen, selbst wenn man annehmen wollte, daß hierin wirklich eine in zweiter Instanz unstatthafte Erhöhung des Klage-Antrages zu finden sei,

(Cfr. Präjudiz. 524.)

Auch der andere Nichtigkeits-Grund unter № 3 und 5 a. a. O.

„wenn die Frist zur Anmeldung eines Rechtsmittels oder sonst ein gesetzlicher Präclusiv-Termin überschritten und diese Ueberschreitung von dem Richter zugelassen worden ist,"

liegt hier nicht vor. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Vorschrift des §. 22 Tit 5 Prozeß-Ordnung über die nur bis zum Schluß der Sache in erster Instanz gestattete Aenderung des Antrags der Klage als ein gesetzlicher Präklusivtermin und im Sinne des §. 5 Nr. 3 a. a. O. anzusehen sei, obwohl damit nur das Präjudiz verknüpft worden ist, daß der in zweiter Instanz veränderte Antrag zur ersten Instanz verwiesen werden soll. Die Intention der Klage und des Antrages ging dahin, daß die ganzen Reparaturkosten von den beiden zusammen belangten Verklagten nach Verhältniß ihres Zehnt-Antheils beschafft werden müßten. Es lag hier also nur eine bedingte höhere oder geringere Forderung in Beziehung auf die Theilung der Hauptforderung, welche immer dieselbe geblieben ist, unter beide Verklagte vor, so daß mit dem Wegfall des Zehntantheils des einen Verklagten sich die Forderung an den andern Verklagten von selbst auf den ganzen Betrag erhöhete. Wenn nun der Appellations-Richter den ursprünglichen Klage-Antrag in dieser Art aufgefaßt und deßhalb in dem Anspruch gegen den Fiskus auf das Ganze keine unstatthafte neue Klage gefunden hat, so kann ihn deßhalb der

Digitized by Google

Vorwurf, daß er einen überschrittenen Präklusiv-Termin nicht beachtet und die Ueberschreitung zugelassen habe, nicht treffen.

Zu II. Die zweite Beschwerde, wonach der vorige Richter den in der Ordinatio Clementina vom 28. August 1715 gebrauchten Ausdruck „decimatores majores totius parochiae" ganz mißverstanden, den Begriff sowohl eines kirchlichen Großzehntens überhaupt, wie auch des Großzehntens in einer ganzen Parochie verkannt und die ordinatio Clementina fehlerhaft angewendet und verletzt haben soll, beruht zunächst auf der irrigen Voraussetzung, als habe der vorige Richter den Fiskus deshalb für einen decimator major erachtet, weil er von 7 einzelnen in der Parochie Remlinghausen, theils zu Vellinghausen, theils zu Löllinghausen belegenen Bauerhöfen Zehntabgaben erhebe. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich das Gegentheil und sie haben eben deshalb den Imploranten zu der, unten näher zu prüfenden dritten Beschwerde Veranlassung gegeben. Es fehlt also an jedem Anhalt zu der Annahme, daß der vorige Richter den Begriff eines Großzehntens oder kirchlichen Großzehntens verkannt habe. Was aber das behauptete Mißverständniß der ordinatio Clementina betrifft, so fällt auch dieses dem vorigen Richter nicht zur Last, vielmehr ist die Ansicht des Imploranten, daß die ordinatio Clementina das Bestehen eines über den ganzen Pfarrsprengel sich erstreckenden Zehntrechts voraussetze, das in der Hand eines Einzigen dieser allein, wenn es aber unter Mehreren getheilt sei, jeden von ihnen pro rata partis decimarum zur Hergabe der Kirchenbaukosten verpflichte, und die daraus gezogene Folgerung eine irrige, daß Fiskus schlimmsten Falls nur nach dem Verhältniß, in welchem der Umfang der vermeintlich ihm zehntpflichtigen Grundstücke zu dem Umfang des ganzen Pfarrsprengels stehe, zu der Kirchenbaulast beizutragen haben werde. Denn die betreffende Stelle in der ordinatio Clementina vom 28. August 1715 §. 2. (Scotti Kölnische Verordnungen I. Abtheilung I. pag. 603.) lautet dahin:

Si vero matrix ecclesia decimatores majores totius

Digitized by Google

Parochiae, qui si plures fuerint, quilibet pro rata partis decimarum provisionaliter et cum reservatione regressus contra eos quos ex speciali causa ad haec onera subeunda obligatos putaverint, in ordinario judicio intentandi, ad praetactorum onerum sumptus praestandos eousque compellentur, donec aliud evicerint; Ubi vero nulli forent decimatores, populus eundem in finem contribuet.

Der Ausdruck „decimatores majores totius Parochiae“ kann hiernach nicht so gedeutet werden, daß sich das Zehntrecht der Großzehntherrn nothwendig über das ganze Areal des Pfarrsprengels erstrecken müsse, sondern es sind darunter alle Inhaber eines großen Zehntens innerhalb des Pfarrsprengels verstanden worden, was nicht allein aus der Fassung dieser ganzen Bestimmung, sondern auch daraus hervorgeht, daß die Eingepfarrten erst da zu Beiträgen herangezogen werden sollen, wo keine Decimatoren vorhanden sind, wo also innerhalb der Parochie kein Großzehnten besteht.

Diese Beschwerde muß daher für verfehlt erachtet werden. Dasselbe gilt

zu III von dem, dem vorigen Richter gemachten Vorwurf einer Aktenwidrigkeit zufolge §. 5 Nr. 10 b. der Verordnung vom 14. Dezember 1833. Denn auch dieser Vorwurf beruhet auf einer Voraussetzung, von welcher der Richter bei seiner Entscheidung keinesweges ausgegangen ist, und von welcher er auch nicht füglich ausgehen konnte, um seine Entscheidung zu begründen, auf der Voraussetzung nämlich, die Klage sei lediglich darauf gegründet worden, daß Fiskus von den in der Klage namentlich benannten sieben Bauerhöfen der Parochie Remlinghausen den Großzehnten beziehe und diese Behauptung habe daher das Beweisthema gebildet. Aus den Urtels-Gründen ergibt sich aber ganz deutlich, daß der vorige Richter die Klage und den Klaggrund und somit auch das Beweisthema nicht in dieser beschränkten Ausdehnung aufgefaßt hat. Er hat vielmehr die Eigenschaft

Digitized by Google

des Fiskus als Großzehntherrn innerhalb des Kirchspiels Remlinghausen als den eigentlichen Klagegrund und als das entscheidende Beweisthema betrachtet, und seine ganze Entscheidung beruhet deshalb auch auf der Annahme,

„daß Fiskus im Kirchspiel Remlinghausen wirklich den Großzehnten als Nachfolger des Klosters Grafschaft zu beziehen habe, könne nach Maaßgabe des geführten Beweises nicht ferner zweifelhaft sein."

Diese Auffassung des Klagegrundes Seitens des vorigen Richters konnte, da sie auf einer Auslegung der Klage in ihrem ganzen Zusammenhange beruhet, durch die Behauptung einer Aktenwidrigkeit nicht beseitigt werden, überdies sind auch die Stellen in der Klage, deren wörtlicher Inhalt dieser Annahme entgegen wäre, nicht einmal bestimmt angegeben worden.

Daher kann denn auch jene Annahme des vorigen Richters über das Resultat der Beweis-Aufnahme, welche ihn in ihrer Totalität zu dieser Annahme geführt hat, durch die Kritik, welche von der Voraussetzung eines ganz anderen Beweisthemas ausgeht, eben so wenig als durch die allgemeine Behauptung des Imploranten erschüttert werden, die Annahme des vorigen Richters, daß Fiskus Großzehntherr des Kirchspiels Remlinghausen oder auch der in der Klage genannten sieben Höfe sei, widerspreche dem wörtlichen Inhalt der beigebrachten Urkunden, jedenfalls in soweit, als dieselben sämmtlich entschieden kein Wort von allem enthielten, was der Richter darin gefunden habe. Abgesehen davon, daß diese Behauptung nur auf einer Verwechselung der festgestellten einzelnen Umstände und der daraus gezogenen Folgerung des vorigen Richters beruhen kann, so bedarf es auch keiner weitern Ausführung, daß hier das Vorhandensein des im §. 5 Nr. 10 b. gedachten Falls,

wenn eine Thatsache, im Fall eine Beweis-Aufnahme stattfand, gegen den wörtlichen Inhalt der beigebrachten oder aufgenommenen Beweismittel festgestellt worden ist,"

durch jene allgemeine Behauptung ohne nähere Präzisirung der

Digitized by Google

Thatsachen und des Inhalts der Urkunden, woraus die wortwidrige Feststellung der Thatsachen folgen soll, nicht nachgewiesen werden konnte.

Da hiernach sämmtliche Angriffe für verfehlt zu erachten sind, so mußte die Nichtigkeits-Beschwerde nach §. 18 des Gesetzes vom 14. Dezember 1833 verworfen und der Implorant in die Kosten verurtheilt werden, von welchen jedoch die gerichtlichen wegen der Sportelfreiheit des Fiskus außer Ansatz bleiben.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterschrift des Königlichen Obertribunals.

Berlin, den 11. November 1853.

(L. S.) Bornemann.

Digitized by Google

LXXX.

Nach der Oranien-Nassauischen Gütergemeinschaft hört 1. mit der zweiten Ehe des überlebenden Gatten d. Befugniß desselben, i. d. Gütern unverdrungen sitzen zu bleiben, auf, es tritt eine Theilung der Verlassenschaft ein, u. der den Kindern eigenthümlich zufallende Theil bleibt nur dem Nießbrauchrecht der Mutter respective des Vaters unterworfen. 2. Der überlebende Ehegatte ist nicht verpflichtet, bevor eine Theilung eintritt, alle von dem Verstorbenen sowohl, als während der Ehe kontrahirte Schulden zu bezahlen. 3. Die vom überlebenden Gatten geschehene Schuldenzahlung ist nicht für eine Melioration zu achten, wodurch eine immerwährende Verbesserung herbeigeführt wird, und für welche der überlebende Gatte erst nach Beendigung des Nießbrauchs Vergütung zu fordern berechtigt wäre.

Rechtsfall,
mitgetheilt von
Sommer.

Johann Schneider III. zu Niederdülfen im früheren Fürstenthum Oranien-Nassau hinterließ bei seinem mit Hinterlassung

Digitized by Google

einer Witwe und Kinder erfolgten Tode bedeutende Schulden, die im Nachlaß-Inventar zu 612 Thlr. 19 Sgr. 1 Pf. verzeichnet, wovon 499 Thlr. 41 Kr. auf seinem Vermögen allein hafteten und 102 Thlr. 68¼ Kr. gemeinschaftliche Eheschulden waren. Die Witwe schritt nach provinzialrechtlicher Schichtung zur zweiten Ehe, hatte aber den Nießbrauch (Leibzucht) am Antheile ihrer Vorkinder. Weil aber die Gläubiger auf Befriedigung drangen, lehnte der zweite Ehemann Stettner zur Abwendung der Subhastation von Meinhard (Rechtsvorgänger des Klägers Graff) die nöthigen Gelder, und stellte mit seiner Ehefrau am 17. März und 7. April 1830 zwei Obligationen mit Verpfändung der Immobilien erster Ehe zu Gunsten des Gläubigers aus, und bezahlte die fraglichen Schneiderschen Schulden mit jenem Gelde. In der Exekutions-Instanz gegen die Eheleute Stettner ließ sich nun Kläger die Ansprüche derselben gegen die Minorennen Schneider überweisen, und stellte danach eine auf die von Stettner durch Zahlung der pupillarischen Schulden erworbene Erstattungs-Ansprüche gegründete Klage an. Er ward vom Arnsberger Oberlandesgerichte damit am 1. Nov. 1843, und zwar zur Zeit zurückgewiesen, weil die Eheleute Stettner durch Zahlung der Schulden der Minorennen Schneider nur eine ihnen in Folge der gütergemeinschaftlichen Leibzucht am Vermögen derselben obliegende Verpflichtung erfüllt haben und erst bei Beendigung des Nießbrauchs einen Ersatz verlangen können. Der Kläger wäre also durch die einfache Thatsache, das Geld zur Tilgung der erster Ehe Schulden hergegeben zu haben, verurtheilt gewesen, mit seiner Befriedigung bis zum Tode der Mutter der Minorennen zu warten. Er ergriff den letzten Versuch, den der Nichtigkeitsbeschwerde, um zu seinem Rechte zu gelangen. Das Obertribunal vernichtete auch am 4. Nov. 1845 das Arnsberger Erkenntniß, und verordnete, daß auf die Appellation des Klägers noch nicht definitiv zu erkennen, vielmehr unter Vorbehalt der Verwerfung des aus der Oranien-Nassau-Catzenellenbogenschen Landesordnung vom 16. Mai 1616 und 1. Mai 1711 hergeleiteten Einwandes, daß die

Digitized by Google

Klage zu früh angestellt worden, die übrigen Einreden des Verklagten nach Maaßgabe des status controversiae Bl. 30a. der Akten durch Beweisaufnahme ins Licht zu stellen, und demnächst in der Hauptsache und der Kosten wegen anderweit in erster Instanz zu erkennen.

Gründe.

Der Appellationsrichter bemerkt, die Ehefrau Stettner habe den Nießbrauch von dem Vermögen ihrer Kinder erster Ehe, welcher vor Einführung des A. L. R. entstanden, und sich auf das durch die Nassau-Katzenellenbogische Landesordnung vom 1. Mai 1616 resp. 1. Mai 1711 sanktionirte Partikularrecht im Fürstenthume Siegen stütze. Nach dieser Verordnung finde unter Eheleuten Gütergemeinschaft des Erwerbes statt.

1. Der überlebende Ehegatte erhalte bei Auflösung der Ehe durch den Tod außer seinem eigenthümlichen Vermögen und der Hälfte der Errungenschaft, die Hälfte des beweglichen Vermögens eigenthümlich und von dem Vermögen, welches seinen leiblichen Kindern zufällt, den lebenslänglichen Nießbrauch.
2. Dagegen sei er nicht nur verpflichtet, seine Kinder zu erziehen, sondern sie auch auszustatten.
3. Die Schulden würden nach demselben Verhältnisse wie das Vermögen getheilt. Der überlebende Ehegatte sei dagegen, bevor eine Theilung eintritt, verpflichtet, alle von dem verstorbenen sowohl als während der Ehe kontrahirten Schulden zu bezahlen.
4. Für Meliorationen, wodurch eine immerwährende Verbesbesserung herbeigeführt wird, sei der überlebende Ehegatte erst nach Beendigung des Nießbrauchs, Vergütung zu fordern berechtigt.

Rintelen Partikularrecht des Fürstenthums Siegen Entwurf 1, 2, 3, 4, 5, 15.

Aus diesen Bestimmungen erhelle, daß die Verwaltung der

Digitized by Google

gesammten Vermögensmasse auf den überlebenden Ehegatten übergehe und derselbe mit den Kindern in einer Were besessen bleibe, bis er sie freiwillig von sich sondert, oder gesetzliche Gründe zur Sonderung eintreten.

Eichhorn deutsches Privatrecht zweite Ausgabe §. 297.

Die Abstoßung vorhandener Nachlaßschulden sei daher nichts weiter als ein Akt der Verwaltung und da sie der Vermögensmasse zum Vortheil gereiche, unter die Kathegorie der Meliorationen zu stellen. Die Erstattung der Meliorationen nach landrechtlichen Bestimmungen über den ususfructus zu verlangen, sei unzulässig, indem das A. L. R. nur einzelne Bestimmungen mit den durch die Nassauer Landesordnung hervorgerufenen Rechtsverhältnissen gemein habe und deshalb das auf jene Verordnung sich stützende Nutzungs- und Administrationsrecht des überlebenden Ehegatten, bei beerbten Ehen nach seinem deutschrechtlichen Character aufgefaßt werden müsse. Hieraus folge, daß der überlebende Ehegatte abgetragene Nachlaßschulden erst nach Beendigung seines Nießbrauchs und bei Beendigung der gemeinschaftlichen Wehre ersetzt verlangen könne, also die der Klägerin in via executionis überwiesenen Forderungen erst dann ihre Realisirung fänden. Implorant behauptet, der Appellationsrichter habe die über die Oranien-Nassauische Gütergemeinschaft bestehenden Gesetze verletzt, unrichtig verstanden und ihre Bestimmungen auf einen Fall, wofür sie nicht gegeben, angewendet. Er sieht

1. den Ausspruch des Appellationsrichters an:

1. daß die Verwaltung der gesammten Vermögensmasse auf den überlebenden Ehegatten übergehe und derselbe mit den Kindern in einer Were besessen bleibe, bis er sie freiwillig von sich sondert, oder gesetzliche Gründe zur Sonderung eintreten.
2. Daß der überlebende Ehegatte, bevor eine Theilung eintritt, verpflichtet sei, alle von dem Verstorbenen sowohl vor, als während der Ehe kontrahirten Schulden zu bezahlen.
3. Daß die Schuldenbezahlung für eine Melioration geachtet

Digitized by Google

worden, wodurch eine immerwährende Verbesserung herbeigeführt wird, und für welche der überlebende Ehegatte erst nach Beendigung des Nießbrauchs Vergütung zu fordern berechtigt sei.

Ad 1. Implorant bezieht sich zur Widerlegung des ersten Satzes auf die Vorschrift der Landesordnung Thl. 4 cap. 7 §. 1, 2, 3 Cap. X §. 1. Cap. XIII §. 3 und Cap. XV und mit Recht. Der Appellationsrichter hat übersehen, daß die anderweite Verheirathung der Witwe resp. des überlebenden Ehegatten deren Befugniß, in den Gütern sitzen zu bleiben, ein Ende macht, daß eine Theilung der Verlassenschaft eintritt und der den Kindern eigenthümlich zufallende Theil derselben nur dem Nießbrauch der Mutter resp. des Vaters unterworfen bleibt. Es ergeben dies die Vorschriften Cap. VII §. 1. 2. 3.

„Stirbt ein Mann und hinterläßt seine Hausfrau neben einem oder mehr in stehender Ehe erzielten Kindern, sofern dann in ihrer Eheberedung nicht ein Anders rechtmäßiglich verordnet, so soll die Mutter, so lange sie unverheirathet sein und bleiben ꝛc. wird, mit und beneben ihren Kindern in allen hinterlassenen Gütern ohnvertrungen sitzen bleiben und dieselben zu ihrer selbsten und ihrer Kinder Unterhalt ꝛc. zum Besten nutzen, nießen und gebrauchen, und also haushalten, wie es einer getreuen Mutter geziemt und wohl ansteht.

Würde sie aber ihren Wittibstand verrücken und zu der andern Ehe schreiten wollen, so soll ihr dasselbige zwar ꝛc. zugelassen, aber der christliche Kirchgang nicht verstattet werden, sie habe denn zuvörderst mit ihren Kindern Vormünder benannt und anordnen lassen, auch förters mit denselben sich richtig abgetheilt sowohl über dasjenige, was ihr, als auch, was den Kindern gebührt und zuständig ist, ein richtiges Inventarium ꝛc. gemacht und aufgerichtet.

„Dieselbe Theilung aber soll folgendergestalt vorgenommen werden, als nemlichen: die Mutter soll die Hälfte von aller hinter dem Verstorbenen befundenen Fahrniß, wie imgleichen ihr zu-

Digitized by Google

gebrachtes Heirathsgut und alles anders, was von ihrentwegen da ist, mit seinen darauf stehenden Beschwerungen und denen in stehender Ehe gemachten Schulden hinwegnehmen. Und soll dagegen den Kindern die andere Hälft von der Fahrniß und all ihr väterliches Gut und was nach Inhalt dieser Unser Ordnung darvon im folgenden Kapitel Vorsehung bestehen, dafür gehalten wird ebenergestalt mit seinen Beschwerungen und denen in stehender Ehe gemachten Schulden erblich anheim gefallen sein und bleiben.

Die übrigen Güter aber, so in stehender Ehe von beiden Eheleuten mit sämmtlichem Zuthun darvon hier unten im IX. Cap. Meldung geschieht, erobert, errungen und erworben worden, dieselbige sollen der Mutter zur Hälft und die übrige Hälft den Kindern erblich verbleiben und der Leibzucht und Schulden halber gehalten werden, wie der Leibzucht halben hierunter im XI. Cap. §. Im Fall aber ꝛc. item im XIII. Cap. §. daher denn der Stiefvater ꝛc. und dann der Schulden halber im XV. Cap. verordnet ist.

In dem zuletzt gedachten Kapitel ist sodann bestimmt:

Als nemlich würde eins unter den Eheleuten versterben und Schulden hinterlassen, so sollen die Schulden, sofern die Kinder fürhanden, gleich der Erbschaft getheilt und diesfalls die oben beim §. 3 des VII. Cap. bestehende Verordnung in Acht genommen werden; und demnächst ist noch verordnet, daß dem überlebenden Ehegatten jedoch binnen 6 Wochen die Befugniß zustehen soll, der Erbschaft und dem Nießbrauch zu entsagen.

Aus diesen Vorschriften ergibt sich, daß ein gesetzlicher Grund zur Sonderung bei der Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten eintritt. Der Appellationsrichter führt die Witwe Schneider als wiederverheirathet als verehelichte Stettner auf und behauptet,

daß der überlebende Ehegatte abgetragene Nachlaßschulden erst nach Beendigung seines Nießbrauchs und bei Auflösung der gemeinschaftlichen Were, ersetzt verlangen könne.

Digitized by Google

Der Nießbrauch des überlebenden Ehegatten dauert aber auch nach der Wiederverheirathung fort. Hieraus geht also hervor, daß der Appellationsrichter annimmt, das Recht des Besitzes, das Besessenbleiben in einer Were dauern auch nach der Wiederverheirathung fort. Dies ist aber eben unrichtig, indem nach obigen Vorschriften alsdann eine vollständige Sonderung sowohl wegen des Aktivvermögens als wegen der Schulden eintritt.

Ad 2. Ebenso unrichtig ist die Behauptung, daß der überlebende Ehegatte, bevor eine Theilung eintritt, verpflichtet sei, alle von dem Verstorbenen sowohl, als während der Ehe kontrahirten Schulden zu bezahlen. —

Implorant bezieht sich deshalb auf die Vorschriften des §. 1 Cap. XV und Cap. VI §. 1: Der Rintel'sche Entwurf ꝛc. enthält von der Behauptung des Appellationsrichters nichts; nur wenn die Ehe kinderlos geblieben, ist §. 2. Zusatz 9 die Bestimmung aufgenommen, daß der überlebende Ehegatte verpflichtet sei die Schulden zu bezahlen. In dem revidirten Entwurf der Partikularrechte des Fürstenthums Siegen ist diese Vorschrift zwar §. 28 beibehalten; in den Motiven sind jedoch nicht unerhebliche Bedenken aufgestellt, ob der überlebende Ehegatte in dem gedachten Fall nicht blos solche Schulden zu berichtigen habe, welche nicht zum Besten der Immobiliarmasse kontrahirt sind, und es ist auf die Prinziplosigkeit und Unbilligkeit der Vorschrift aufmerksam gemacht. Es kommt dies jedoch hier nicht in Betracht; denn wenn die Ehe beerbt ist, müssen die Schulden sowohl nach dem Rintelen'schen Entwurf zum Partikularrechte §. 5 als nach dem revidirten §. 21 von dem überlebenden Ehegatten und den Kindern des Verstorbenen in demselben Verhältnisse und nach denselben Objekten getragen werden, wie das Vermögen unter ihnen getheilt wird, und dieses gründet sich auf die vorher allegirten Vorschriften in Cap. VII und XV der Landesordnung. Daß die Schulden vor der Theilung berichtigt werden müssen, ist eben so wenig irgendwo vorgeschrieben, als es unzweifelhaft ist, daß, wenn eine solche Tilgung aus der gemeinen Masse erfolgt wäre,

Digitized by Google

die Theilung dennoch so angelegt werden muß, daß jedem Vermögensobjekt die darauf bestehenden Beschwerungen zugetheilt werden müssen.

Ad 3. Was endlich die Ansicht des Appellationsrichters betrifft, die Schuldentilgung sei ein Akt der Verwaltung und da sie der Vermögensmasse zum Vortheil gereiche, unter die Kathegorie der Meliorationen zu stellen, so ist schon an sich nicht zu ermessen, worin die Meliorationen bestehen könnten, wenn die Summe, mit welcher die Schuld getilgt wird, während der Dauer der Gemeinschaft aus der Vermögensmasse genommen wird. Denn diese Masse würde an activis so viel ärmer werden, als zur Tilgung der Schuld davon genommen wird; der Restbestand würde derselbe bleiben. Daß aber nach aufgelöster Gemeinschaft die Abtragung einer auf dem Vermögen der Kinder haftenden Schuld eine Meliration sein solle, rechtfertigt sich durch keine Vorschrift der Landesordnung. Vielmehr bleiben diesem Vermögen, nach dem vorher Angeführten seine Beschwerungen und Schulden und die Pflichten des Nießbrauchers sind, wie Implorant richtig bemerkt, Cap. **XII** §. 3 dahin angegeben, daß er die darauf stehende Pflicht als Zins, Beed, Dienst, Steuer und dergl. inmittelst ohne Zuthun des Eigenthumserben verrichten und sie in gutem wesentlichen Bau und Besserung halten wolle. Er ist daher lediglich zur Tragung der Lasten und zur Conservation der Güter verpflichtet, wie jeder Nießbraucher und die Landesordnung enthält keine, von den allgemeinen gesetzlichen Regeln abweichende Bestimmungen. Es ist vielmehr Cap. **XII** §. 6 verordnet:

> „Trüge sich's auch zu, daß bei währender Leibzucht etwa eine Pfandschaft abgelöst würde, so soll der Leibzüchter dieselbe mit Vorwissen des Eigenthumsherrn hinwiederum an gewisse Orte anzulegen und fürters seines Nießbrauchs, wie vor, daran, zu erwarten schuldig sein."

Hier ist die Zuziehung des Eigenthümers bei der Wiederanlegung eines eingegangenen Aktivi angeordnet, dagegen nichts darüber bemerkt, wer für die Abtragung einer gekündigten Passiv-

Digitized by Google

schuld zu sorgen habe, welches daher nur nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften der Eigenthümer mit Zuziehung des Nießbrauchers sein kann. Demgemäß kommt denn auch in dem Cap. XIII von Endigung der Leibzucht kein Wort davon vor, daß dem Leibzüchter abgetragene Schulden als Verbesserungen erstattet werden sollen. Nur wegen Auseinandersetzung hinsichtlich der Früchte und Nutzungen des letzten Jahres enthält der §. 4 Vorschriften und darunter auch die, daß die Frucht auf dem Halme dem Eigenthumserben gehöre ohne Erstattung eines Mistrechtes oder dessen im selben Jahr angewendeten Baukosten. Sodann ist §. 5 hinzugefügt:

„Hätte aber der Leibzüchter die ingehabte Güter dergestalt verbessert, daß eine immerwährende Besserung darin zu befinden, als zum Exempel: da er ein ohnfruchtbar Ort fruchtbar gemacht hätte, so soll deshalb mit seinen hinterlassenen Erben gebührende Vergleichung getroffen werden."

An abbezahlte Schulden ist hierbei nicht gedacht, wie das Beispiel beweist. Auch kann das Abtragen einer Schuld keine immerwährende Besserung genannt werden, da sie ja durch Erstattung der bezahlten Summe aufhört, dem Eigenthümer zum Vortheil zu gereichen, welches nur der Fall ist, wenn der Ertrag immerwährend erhöht ist.

Hiernach sind allerdings die vom Imploranten bezeichneten Vorschriften der Landesordnung verletzt resp. unrichtig angewendet. Hieraus folgt denn auch, daß die Beschwerde sub. 7 der Beschwerdeschrift begründet ist', daß der Anspruch der Eheleute Stettner oder des Stettner allein, nicht durch das Nießbrauchsverhältniß, sondern lediglich durch den Akt der Zahlung begründet sei, und daß, wenn der Richter die Vorschriften der Oranien Nassauischen Landesordnung zur Ausschließung der gemeinrechtlichen event. der landrechtlichen Vorschriften (namentlich Th. I Tit. 21 §. 75 — 79 Th. I Tit. 16 §. 47) anwendete, er sowohl die ersteren als letztern verletzt hat. Nach der species facti des Ap-

Digitized by Google

pellationsrichters haben die Stettnerschen Eheleute die 3 Posten aus der Obligation vom 8. Dezbr. 1821, 27. April 1825 und 3. Septbr. 1827 durch ein vom Kläger aufgenommenes Darlehn getilgt. Die Zahlung ist also zu einer Zeit nach dem festgestellten Sachverhältnisse erfolgt, wo das Allg. Landrecht nach dem Patent vom 21. Juni 1825 schon Gesetzeskraft hatte und da die Landesordnung nichts enthält, was die Anwendung der allgemeinen Gesetze hinderte, so mußte sie auch stattfinden.

Es muß daher das Urtel vernichtet werden, denn die sonst noch vorkommende Ausführung, daß die Schulden gemeinschaftliche der Schneiderschen Eheleute gewesen, und daß sie von den Stettnerschen Eheleuten abgetragen worden, nicht vom Stettner allein, würde nur den Erfolg haben, daß sich die Forderung, so weit sie gegen die Verklagten als Eigenthümer geltend gemacht worden, auf die Hälfte reduciren würde. Da aber hierüber im Tenor des Urtels nichts vorkommt und Kläger mit keinem Theil seiner Forderung pure, sondern überall nur zur Zeit abgewiesen ist, so ist auch kein selbstständiger Grund vorhanden, welcher das Urtel aufrecht hält.

In der Hauptsache ist demnächst, unter Verwerfung des Einwandes, daß die Klage zu früh angestellt, welcher ungeachtet im Tenor des Urtels nicht über einen Präjudicialeinwand erkannt ist, doch allein Gegenstand der Beurtheilung gewesen, nach Maßgabe des ergangenen Resoluts zu verfahren.

Berlin, den 4. Januar 1845.

Mühler.

Digitized by Google

LXXXI.

Uneheliche Kinder können neben ehelichen auf nicht mehr als ein Zwölftel von ihrem Vater zu Erben eingesetzt werden.

Entscheidung,
mitgetheilt von
Herrn Rechts-Anwalt **Scheele** in Lippstadt.
(Vergleiche Neues Archiv **XVI.** S. 274 ff.)

Die obige Frage ist im folgenden Obertribunals-Erkenntniß bejaht, somit für immer außer Streit gestellt.

Im Namen des Königs!

In Sachen des Friedrich Niermann, genannt Paullütke zu Overhagen, Verklagten, jetzt Imploranten

wider

die unverehelichte Antoinette Keuther genannt Paullütke ebendaselbst, Klägerin, jetzt Imploratin,

hat der erste Senat des Königlichen Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 28. November 1853, an welcher Theil genommen haben:

die Geheimen Obertribunalsräthe: Freiherr v. Gärtner, als Vorsitzender, Dr. v. Tschirschky, Wilke I., Decker, Dr. v. Hermensdorff, Dr. Meier, Bodwinkel-Graf, Dr. Homeyer, Heineccius,

Digitized by Google

für Recht erkannt:

daß die gegen das Erkenntniß des Civilsenats des Königlichen Appellationsgerichts zu Arnsberg vom 5. März 1853 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen und dem Imploranten die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten, welcher nach dem angefochtenen Erkenntnisse von dem ihm von seinem natürlichen Vater durch Testament zugewendeten Nachlaß $^{11}/_{12}$ an die Klägerin, als eheliche Tochter des Erblassers, herausgeben soll, ist sowohl gegen die Ausschließung des Allg. Landrechts von der Anwendung im vorliegenden Falle, als auch gegen die gemeinrechtliche Gültigkeit der vom vorigen Richter in Anwendung gebrachten Bestimmung gerichtet. Die erste hier zu entscheidende Frage ist also die:

> ob die Bedenkunfähigkeit der unehelichen Kinder, sofern sie mit dem vorigen Richter als gemeinrechtlich geltend angenommen wird, zu denjenigen Materien gehört, welche in Gemäßheit der durch §. 4 des Publikationspatents vom 21. Juni 1825 angeordneten Suspension der ersten drei Titel II .Th. A. L. R. im Herzogthum Westphalen noch nach gemeinem Recht zu beurtheilen sind?

Wäre hier von der Unfähigkeit der unehelichen Kinder überhaupt die Rede, durch Testament ihres Erzeugers etwas zu erwerben, oder von dem Verbot für letzteren, ihnen etwas letztwillig zuzuwenden, so würde dieses allgemeine Verbotsgesetz wohl als zur Materie über die Erwerbung des Eigenthums aus letztwilligen Verordnungen (I. 12. A. L. R.) gehörig zu betrachten sein. Denn im Tit. 12. I. A. L. R. wird im §. 36 allerdings der Grundsatz über die persönliche Bedenkfähigkeit eines Jeden ausgesprochen, wer im Staat Vermögen zu erwerben fähig und berechtigt ist, wovon denn in jenem Fall hinsichts der unehelichen

Digitized by Google

Kinder eine generelle Ausnahme, und zwar im öffentlichen Interesse zu machen wäre, ebenso, wie daselbst im §. 35 angeordnet ist, daß Personen, die Ehebruch oder Blutschande mit einander getrieben haben, einander durch letztwillige Verordnungen, unter den dort angegebenen Voraussetzungen, nichts hinterlassen dürfen. Allein da hier nur von einer, von dem Dasein ehelicher Kinder abhängigen Beschränkung der Bedenkfähigkeit unehelicher Kinder, oder von einem Recht der ehelichen Kinder: eine solche Beschränkung geltend zu machen, mithin von einem Recht der ehelichen, den unehelichen Kindern gegenüber, die Rede ist, so würde diese Beschränkung, sofern sie im A. L. R. angenommen wäre, ihre Stelle nicht im 12. Titel I. Th., sondern im Tit. 2 Th. II bei der Erbfolge in absteigender Linie und der unehelichen Kinder insbesondere §§. 651 652 gefunden haben. In gleicher Weise ist denn auch wirklich in Betreff der Ehen zur linken Hand Th. II Tit. 1 §§. 904 u. ff. also bei Abhandlung dieses Rechtsinstituts selbst, die Vorschrift gegeben, nach welcher der Mann, wenn er zur Zeit der geschlossenen Heirath Kinder aus einer vollgültigen Ehe am Leben hatte, seiner Frau zur linken Hand nicht mehr als den zehnten Theil seines Nachlasses letztwillig zuwenden darf, sowie im §. 576 Th. I Tit. 2 die unbeschränkte Bedenkfähigkeit der Kinder aus der Ehe zur linken Hand ausdrücklich ausgesprochen. Der erste Angriff des Imploranten wegen unpassender Anwendung der die drei ersten Titel II. Th. des A. L. R. suspendirenden Vorschrift, sowie wegen Nichtanwendung der §§. 35 u. ff. Th. I. Tit. 12. A. L. R. ist daher nicht begründet.

Die zweite hier zu entscheidende Frage betrifft die gemeinrechtliche Controverse:

> ob die Vorschrift des Röm. R. in L. 2. Cod. de natur. lib. IV. 27. und Nov. 89. Cap: 12. §. 2 daß, wer rechtmäßige Kinder hinterläßt, seinen Concubinenkindern (liberis naturalibus) und deren Mutter zusammen nur den zwölften Theil seiner Erbschaft letztwillig zuwenden kann,

Digitized by Google

nach dem jetzt geltenden gemeinen Recht auf uneheliche Kinder anzuwenden sei?

Der Appellationsrichter hat diese Frage in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter bejaht, und seine Entscheidung also begründet:

Es müsse zugegeben werden, daß die Bestimmungen des Röm. R., auf welche sich Klägerin beziehe, eigentlich nur auf die im Concubinate erzeugten Kinder Anwendung fanden. Zur Zeit des Erlasses dieser Verordnungen habe nämlich im Römischen Reiche das Concubinat als eine gesetzlich erlaubte Verbindung zwischen zwei unverheiratheten Personen zum Zweck der Geschlechtsgemeinschaft bestanden. Es seien jedoch damals bereits bessere Sitten zum Durchbruch gekommen. Um diese sittliche Richtung zu befördern und das Concubinat durch eheliche Verbindungen zu unterdrücken, habe man für angemessen gefunden, bei Eltern beim Vorhandensein ehelicher und Concubinenkinder bestimmten Beschränkungen bei der Erbeseinsetzung der letzteren zu unterwerfen. Viele Romanisten z. B. Schweppe (Röm. Priv. R. Bd. 4. §. 729. u. Bd. 5 §. 788), Hommel in seinen Rhapsodien Observ. 373, seien deshalb auch der Ansicht, daß diese zum Nachtheil der Concubinenkinder erlassenen Bestimmungen auf andere uneheliche Kinder, die spurii und vulgo quaesiti, keine Anwendung erleiden dürften. Hommel sage ausdrücklich: antequam concubinatus lege publica extirpatus studuerunt legislatores variis machinis ab eo deterrere, quibus artificiis hodie opus non est. Die Praxis habe sich jedoch diesen Ansichten der Schule nicht unterworfen. Dieselbe habe vielmehr einestheils die Rechte der Concubinenkinder den unehelichen Kindern überhaupt beigelegt, indem sie den letzteren unter gewissen Umständen mit ihrer Mutter gemeinschaftlich den sechsten Theil des Nachlasses ihres natürlichen Vaters zuwende und auch die Legitimation der Concubinenkinder per subsequens matrimonium auf andere uneheliche Kinder ausgedehnt habe. Anderntheils habe auch die Praxis in gesunder Consequenz für unsittlich und widersinnig erachtet, den spuriis die

Digitized by Google

Rechte der Concubinenkinder zu Theil werden zu lassen, ohne sie zugleich den Beschränkungen der Rechte der letzteren zu unterwerfen. Puchtas Pandecten §. 471. — Struben in seinen rechtlichen Bedenken Bd. 4 Bedenken 130 spreche sich dahin aus: Der römische Concubinat war weniger zu tadeln, als der heutige Beischlaf außer der Ehe, wenn jenen die Gesetze erlaubten. Bei uns verletzt aber der außereheliche Beischlaf göttliche und menschliche Gesetze, und deshalb haben die Gesetzgeber große Ursache, das weibliche Geschlecht dadurch abzuschrecken, daß ihm die Hoffnung benommen werde, durch des Beischläfers Wohlthaten seine und seiner Kinder Wohlfahrt zu befördern. Man ersehe hieraus, daß die Praxis nicht den Weg theoretischer Definitionen eingeschlagen habe, um das rechtliche Verhältniß zwischen Geschwistern, welche theils ehelich, theils außerehelich geboren worden, zu fixiren, sondern, daß sie sich durch einen Grundgedanken habe leiten lassen, welcher aus dem sittlichen Ernst deutscher Nation und aus ihren Begriffen von der Würde und Heiligkeit ehelicher Verbindungen hervorgegangen sei.

Der Appellationsrichter soll nach der Beschwerde des Imploranten jene römischrechtlichen Bestimmungen mit Unrecht angewendet, daher gegen dieselben, sowie gegen die Reichsgesetze (Reichspolizeiordnung von 1530 Tit. 33 und von 1548 Tit. 25 §. 7) und des Concil Tridentinum Sess. 24. Cap. 8. de reform. matrim., wodurch das Concubinat gesetzlich verboten worden, und ebenso gegen den dahin aufgestellten Rechtsgrundsatz verstoßen haben:

daß die Bestimmungen der L. 1. 2. C. cit. und der Nov. 89. cap. 12. §. 2. auch durch den gemeinen Gerichtsgebrauch nicht auf spurii angewandt worden sei.

Aus der Ausführung des vorigen Richters ergiebt sich, daß er seine Entscheidung wesentlich auf eine herrschend gewordene Praxis stützt. Diese wird zwar von Mühlenbruch Fortsetzung von Glücks Pandekten Bd. 39. S. 338., nach einer ausführlichen Vertheidigung der entgegengesetzten Ansicht, nicht zugegeben, indem

Digitized by Google

sich den dafür angegebenen Zeugnissen mindestens ebensoviele entgegenstellen ließen, wodurch die Unanwendbarkeit der Beschränkung anerkannt werde. Dabei wird aber nur auf diejenigen Schriftsteller Bezug genommen, welche derselben Rechtsansicht mit ihm sind: namentlich Hommel a. a. O., Höpfners Commentar §. 487. Nr, 3., Brunnemann Commentar in Cod. ad L. 2. C. de natur lib. Nr. 9 — 11, denen auch andere, z. B. Schweppe a. a. O. und Gett, die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft, sowie der unehelichen Kinder, §. 66. beizuzählen sind, ohne daß diese eine andere Praxis ausdrücklich bezeugten. Dagegen bezeugt Stryk in usu mod. P. tit. de haered. inst. §. 3., obwohl er dies mißbilligt, daß nach der in der Praxis gemeinhin befolgten Ansicht die Erbbeschränkung auf uneheliche Kinder angewandt werde, Hommel a. a. O. erwähnt selbst des Responsums der Helmstädter Fakultät, wonach die Anwendbarkeit dieser Beschränkung deshalb auf uneheliche Kinder um so mehr angenommen ist, als ja heut zu Tage die außer der Ehe erzeugten Kinder weit geringere favorem hätten. Struben Bd. I. Nr. 48. IV. Nr. 130 vertheidigt diese Praxis, und Puchta §. 471 bemerkt in der Note d. in Beziehung auf die in Rede stehende Beschränkung der Concubinenkinder:

„Es fehle nicht an Juristen, die diesen Rechtssatz für unanwendbar hielten, während die Praxis sich fast ohne Ausnahme für die Anwendung erklärt habe, und mit Recht; gegenüber der Bereitwilligkeit, mit welcher man die den Concubinenkindern günstigen Bestimmungen auf uneheliche überhaupt angewendet habe, wäre die Nichtanwendung jener ungünstigen eine Verletzung des gemeinen Rechtsgefühls, wo nicht des Anstandes."

Diesen Zeugnissen gegenüber kann die vom vorigen Richter behauptete Praxis um so weniger geleugnet werden, als es überdies bekannt ist, daß die deutsche gemeinrechtliche Praxis allerdings den unehelichen Kindern, sofern nur die Vaterschaft des Erblassers festgestellt worden, auch die Erbrechte der Concubinen-

Digitized by Google

Kinder beizulegen sich veranlaßt gefunden hat, nachdem ihnen das Recht auf Alimentation und auf Legitimation durch nachfolgende Ehe in Folge der Satzungen des kanonischen Rechts (cap. 5. X. de eo qui duxit in matrim. decret. 4. 7. und cap. 6. X. qui filii sint legitimi 4. 17.) zugestanden war; eine Praxis, welche zwar ebenfalls von vielen Rechtslehrern als unberechtigt verworfen ist, (z. B. Runde deutsches Privatrecht §. 686. Gett a. a. O. S. 260. und die dort allegirten Schriften) von Andern aber als wohlbegründet vertheidigt wird. Cfr. Glück Intestaterbfolge §. 130. v. Wening-Ingenheim Civ. R. §. 243. Hymmens Beiträge Bd. 2. S. 107. Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts (6. Ausgabe) §. 435. Hofacker principia juris civilis Tom. I. §. 1419 und die dort angeführten ältern Schriften,

Hiernach schon mußte es bedenklich erscheinen, die wesentlich auf den Gerichtsgebrauch gestützte Entscheidung in Gemäßheit des hiergegen gerichteten Angriffs der Vernichtung zu unterwerfen. Insofern es aber noch auf eine nähere Prüfung der Berechtigung zu dieser Gerichtspraxis ankommt, so ergiebt sich schon aus dem Angeführten, daß hier eine unter den Rechtsgelehrten sehr bestrittene Controverse vorliegt, bei deren Entscheidung auch die Vorschriften des A. L. R. nicht den Ausschlag geben können, weil das hier in Anwendung kommende Publikationspatent vom 21. Juni 1825 (G. S. S. 153.) im § 4. die Anwendung des A. L. R. für Gegenstände der vorliegenden Art gänzlich ausgeschlossen und dem gemeinen Recht die fernere Gültigkeit verliehen hat, ohne selbst im zweifelhaften Fällen die Anwendung des A. L. R. in der gedachten Weise zu gestatten. Die ältern Juristen, namentlich Gail Pract. Observ. Lib. II. observ. 88. nahmen als ausgemacht an, daß nach dem röm. R. den spuriis vom Vater nichts geschenkt oder durch Testament hinterlassen werden dürfe, auch nicht einmal die Alimente, unter Berufung auf die

Digitized by Google

Authentica ad 26. Cod. de incest. nupt. (V. 5.) dahin lautend

> Ex complexu nefario aut incesto, seu damnato liberi nec naturales sunt nominandi, omnis paternae substantiae indigni beneficio, et nec alantur a patre.

wobei in der Gloſſe c. bemerkt wird:

> Spurius jure civili neque inter vivos, neque ultima voluntate quiddam ex bonis paternis capere potest.

und auf die Quelle dieſer beiden Authentiken, nämlich Cap. 15. Nov. 89. Darin wird die Aufzählung derjenigen angekündigt: qui neque ipso naturalium nomine digni sunt, und dann geſagt:

> Primum quidem omnis qui ex complexitus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, isto neque naturalis nominatur, neque alendus a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium.

Nach dieſer Auffaſſung der Sache waren dann diejenigen außerehelich erzeugten Kinder, welche nicht die Rechte der Concubinenkinder (der liberi naturales im eigentlichen Sinne) hatten, von ſelbſt unfähig, ſei es aus dem Teſtament oder vermöge geſetzlicher Erbfolge, den Vater überhaupt zu beerben, ſo daß es alſo lediglich als eine Wohlthat erſcheint, wenn man ihnen die im Caput 12. §§. 2 und 3 der Novelle 89. den Concubinenkindern zugeſtandene Bedenkfähigkeit einräumt. Die neueren Juriſten (cfr. Mühlenbruch a. a. O. S. 338, Schweppe §. 788 Not. 3.) nehmen dagegen an, daß die übrigen unehelichen Kinder von der gedachten Beſtimmung im Cap. 12. §. 2. der Novelle gar nicht berührt würden, und daß das Cap. 15. ebenfalls nicht von den spuriis im eigentlichen Sinn, ſondern nur von den aus unerlaubten *eheartigen Verbindungen* entſproſſenen Kindern ſpreche, wofür denn allerdings der Ausdruck „ex complexibus nefariis“ und der im Cap. VI, Novelle 74. vorkommende Gegenſatz der liberi naturales und der ex *prohibitis nuptiis* ſpricht.

Digitized by Google

Sie folgern hieraus, daß die Bedenkfähigkeit der übrigen außerehelichen Kinder, gleich fremder Personen gar nicht beschränkt sei und die singuläre Vorschrift des §. 2. Cap. 12. der Novelle auf sie um so weniger angewandt werden könne, als diese Vorschrift nur zur Abwendung und in odium der Concubinate erlassen worden sei, was auch in Folge des dabei eintretenden Zusammenlebens der Concubine und ihrer Kinder mit dem Vater weit gefahrdrohender für die ehelichen Kinder, als das Verhältniß zu den spuriis gewesen sei. Diese Folgerung wird dagegen von den Vertheidigern der anderen, in der Praxis herrschend gewordenen Meinung bestritten, weil, nachdem das Concubinat verboten worden, die aus der Stupration hervorgegangenen Kinder im Verhältniß zu den ehelichen Kindern nicht bedenkfähiger erachtet werden könnten, als die Concubinenkinder aus dem unerlaubten Concubinat. Zur Unterstützung dieser Ansicht ist auch noch Folgendes geltend zu machen.

Wenn man auch zugeben muß, daß eine ausdrückliche Vorschrift über die Bedenkunfähigkeit der unehelichen Kinder, außer den liberis naturalibus und den Kindern aus unerlaubten ehelichen Verbindungen, im Röm. R. nicht nachzuweisen ist, daß dieselben vielmehr mit Stillschweigen übergangen sind, so ist doch der Grund hiervon keineswegs darin zu finden, und wenigstens im Gesetz nirgends angedeutet, daß die Concubinenkinder den ehelichen leichter gefährlich werden könnten. Der nächste Grund lag vielmehr darin, daß solche Kinder nach römischen Rechtsbegriffen gar keinen Vater hatten, oder man ihn doch nicht als solchen bezeichnen und feststellen konnte (L. 11. 12. J. 1. 10. L. 23. 24. D. I. 5.) Im §. 5. cap. XII. der Novelle 89. wird auch als Grund dafür, daß, wenn der Erblasser mehrere Concubinen zugleich und Kinder davon hinterließ, diese von den Bestimmungen des Gesetzes ausgeschlossen bleiben sollten (was freilich zunächst auf das Intestaterbrecht zu beziehen ist) angegeben, weil sich sonst nicht erkennen lasse, welches Weib und welche Kinder er am meisten geliebt habe: „et non damus luxurian-

Digitized by Google

tibus sed pudicis legem.“ Es ist daher nach dem ganzen Sinn dieser Novelle anzunehmen, daß man die unehelichen Kinder überhaupt mindestens der Vorschrift des §. 2. cap. XII. unterworfen haben würde, wenn es gesetzlich statthaft gewesen wäre, die Vaterschaft über solche Kinder festzustellen. Nachdem diese Feststellung nun aber in Folge des kanonischen Rechts und der darauf gegründeten unzweifelhaften Praxis, jedenfalls zu Gunsten des unehelichen Kindes stattfindet, nachdem also jetzt die Feststellung der Vaterschaft nicht mehr von dem eheähnlichen Zusammenleben im Concubinat abhängt, während dagegen die faktische Ausübung des Concubinats, wenn gleich nicht mehr als erlaubte Handlung, doch auch jetzt noch vorkommt, und es widersinnig erscheint, dasselbe verbotene Zusammenleben günstiger zu stellen, als das früher erlaubte, so erscheint es auch jedenfalls nicht so verwerflich: nach festgestellter Vaterschaft den §. 2. a. a. O. auf das Verhältniß der unehelichen Kinder zu den ehelichen in Anwendung zu bringen, um deshalb die dargestellte Praxis als eine völlig unberechtigte zu betrachten. Man muß vielmehr diese, vom vorigen Richter seiner Entscheidung zum Grunde gelegte Praxis für eine wohlberechtigte erklären.

Hiernach mußte die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und der Implorant nach §. 18. des Gesetzes vom 14. Dezember 1833 in die Kosten verurtheilt werden.

Ausgefertigt ꝛc.

Berlin, den 28. November 1853.

Mühler.

Digitized by Google

LXXXII.

Wann muß die Erklärung über die Annahme oder Zurückschiebung eines Eides erfolgen?

Von einem Praktiker.

Die Allgemeine Gerichtsordnung bestimmt:

> die Erklärung über die Annahme oder Zurückschiebung eines Eides ist im Termine selbst, wenn nach regulirtem statu controversiae die vorhandenen Beweismittel mit den Partheien durchgegangen werden, abzugeben. 1)

In der von C. F. Koch herausgegebenen Prozeßordnung hat der Text der Gerichtsordnung folgende Fassung erhalten:

> Die Erklärung über die Annahme oder Zurückschiebung eines Eides ist in der Klagebeantwortung und beziehungsweise in der Replik und Duplik abzugeben.

Da Koch am Texte der Gerichtsordnung die Veränderung vorgenommen hat, daß er die ganz außer Wirksamkeit gesetzten Sätze und Paragraphen weggelassen; in solchen Stellen, welche nur stückweise sich geändert haben, die ausgeschiedenen Worte

1) A. G. O. I. 10. §. 205.

durch andere, wodurch die jetzt geltende Bestimmung ausgedrückt wird, ersetzt und die substituirten Stellen durch den Nachweis des betreffenden Gesetzes belegt haben will, so erscheint es, bei der Wichtigkeit der getroffenen Abänderung, um so nöthiger, die angeführten Belagstellen schärfer ins Auge zu fassen, als eine Autorität, wie Koch unbestritten mit vollem Rechte genießt, leicht zu einem jurare in verba magistri führt.

Weder in der organischen Verordnung vom 1. Junius 1833, noch in der vom 24. Julius 1846, ist eine klare Antwort auf die in der Ueberschrift aufgeworfene Frage aufzufinden. Koch findet sie in dem §. 14. der Verordnung vom 1. Junius 1833 und §. 7. und 8. der Verordnung vom 21. Julius 1846. Diese Gesetzesstellen lauten:

§. 14. Bestreitet der Verklagte den Anspruch, so muß derselbe die Klage nicht nur vollständig beantworten, sondern auch alle Einreden in dem Klagebeantwortungstermine vorbringen.

Thatsachen und Urkunden, worüber er sich nicht erklärt, werden für zugestanden und anerkannt gehalten. Fernere Einreden, welche auf Thatsachen beruhen, dürfen im Laufe der ersten Instanz vom Verklagten nicht mehr vorgebracht werden.

§. 7. Werden in der Klagebeantwortung Thatsachen angeführt, die in der Klage nicht vorgekommen sind, oder werden darin Einreden angebracht, so bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen, die Partheien vor der mündlichen Verhandlung noch mit ihrer Replik und Duplik zu hören. Dies kann schon in dem Termine zur Klagebeantwortung geschehen, wenn die Partheien in demselben erschienen und sich sofort zu erklären bereit sind. Ist dies nicht geschehen, so werden, wenn die Partheien Justizkommissare zu ihren Bevollmächtigten bestellt haben, diese zur Einreichung einer schriftlichen Replik oder Duplik innerhalb einer nach

Digitized by Google

§. 2 abzumessenden Frist aufgefordert. Dagegen wird diejenige Parthei, welche keinen Justizkommissar zu ihrem Bevollmächtigten bestellt hat, innerhalb gleicher Frist zu einem Termine behufs der Aufnahme ihrer Erklärung vorgeladen. Jede Parthei kann, statt in diesem Termine zu erscheinen, vor Ablauf desselben ihre Replik und Duplik in einem Schriftsatze einreichen. Auf dergleichen Schriftsätze finden alle Bestimmungen Anwendung, die für die Klagebeantwortung im §. 3 ertheilt sind. 2)

§. 8. Die Replik muß eine vollständige Beantwortung der Klagebeantwortung und die Duplik eine vollständige Beantwortung der Replik enthalten. Erfolgt die Beantwortung gar nicht oder nicht vollständig, so werden die vom Gegner angeführten Thatsachen und beigebrachten Urkunden, worüber keine Erklärung abgegeben ist, für zugestanden und anerkannt erachtet. Fernere auf Thatsachen beruhende Entgegnungen können im Laufe der Instanz nicht mehr vorgebracht werden.

Der wesentliche Inhalt dieser Vorschriften ist:

1) Klagebeantwortung, Replik und Duplik müssen vollständig sein.

2) Die Unvollständigkeit dieser Schriftsätze hat folgende Nachtheile:

a. auf Thatsachen beruhende Einreden (Repliken und Dupliken), welche in diesen Verhandlungen nicht vorgebracht sind, dürfen im Laufe der Instanz nicht mehr vorgebracht werden.

b. Thatsachen und Urkunden, worüber keine Erklärung erfolgt ist, werden für zugestanden und anerkannt gehalten.

---

2) Im § 3 ist bestimmt, daß die Klagebeantwortung von einem Rechtsanwalte unterzeichnet sein muß.

Digitized by Google

Von einer Aufforderung, sich über angetragene Eide zu erklären, oder von einer Verwarnung, daß, wenn Delat sich über einen ihm angetragenen Eid nicht erkläre, angenommen werden solle, er könne oder wolle den Eid nicht schwören, ist nirgendwo die Rede. Nach unsrer Prozeßgesetzgebung gehört es aber zu den unleugbaren Bedingungen für den Eintritt der Nachtheile des Ungehorsams, daß der Richter der Parthei, was von ihr gefordert wird, ankündige und ihr die Ungehorsamsstrafen androhe.

A. G. O. Einl. §. 14. 15.

A. L. R. I. 4. §. 62.

Hat doch die Androhung oder Anwendung eines unrichtigen Präjudices die Richtigkeit eines Erkenntnisses zur Folge [3] und die Realisirung eines so folgenschweren Präjudices sollte ohne alle Androhung statthaft erscheinen? Weshalb dem zur Ausschwörung eines Eides Vorgeladenen die Strafen des Ungehorsams bekannt machen, [4] dagegen den Delaten ohne weiteres für eidweigernd erachten? Entspricht es der Rechtsgleichheit, jenem, obgleich mit den Folgen des Ungehorsams bekannt gemacht, die Restitution zu gestatten, [5] diesem aber nicht? Unmöglich läßt sich annehmen, daß der Gesetzgeber, hätte er in der Klagebeantwortung eine Erklärung über deferirte Eide gewollt, die Aufforderung hierzu und die Androhung der Ungehorsamsstrafen unterlassen haben sollte.

Da der Verklagte die Klage vollständig beantworten soll, so fragt sich: ob eine Erklärung über eine Eidesdetation, nicht zur Vollständigkeit einer Klagebeantwortung gehört. Die Beantwortung dieser Frage ist aus den Vorschriften der Allgemeinen Gerichtsordnung zu schöpfen, weil bei dem Mandats- und und dem summarischen Prozesse, so wie bei dem Verfahren in Bagatellsachen die Vorschriften der Titel 1 bis 25 einschließlich, der Prozeßordnung in so weit zur Anwendung kommen, als die

---

3) Verord. vom 14. Dezember 1833. §. 5. Ent.
4) Schering Artik. 407.
5) Verord. vom 21. Julius 1846 §. 31.

Digitized by Google

Verordnung vom 1. Junius 1833 nicht abweichende Bestimmungen enthält. [6])

In den mehr als vollständigen Vorschriften der Prozeßordnung, die Erfordernisse der Klagebeantwortung betreffend, ist eine Aufforderung für den Verklagten, sich über die Annahme oder Zurückschiebung eines in der Klage deferirten Eides zu erklären, nicht aufzufinden. Verklagter soll über die Richtigkeit, Gültigkeit und Beweiskraft der von dem Kläger vorgebrachten Beweismittel vernommen werden, so wie seine Einwendungen dagegen vortragen und mit Beweis unterstützen. [7]) Die Annahme, eine vollständige Erklärung über die Beweismittel des Klägers sei nicht vorhanden und die Klagebeantwortung unvollständig, wenn Verklagter sich über die Acceptation eines deferirten Eides nicht erkläre, entbehrt nicht nur jeder Begründung, [8]) sondern steht auch mit andern Vorschriften der Gerichtsordnung geradezu im Widerspruch. Die Frage: wann die Acceptation oder Relation eines Eides geschehen müsse? wird ex professo im §. 295. Tit. 10. der A. G. O. beantwortet: sie muß geschehen, wenn nach regulirtem statu causae et controversiae die Beweismittel mit den Partheien durchgegangen werden. Gehört hiernach eine Erklärung über einen deferirten Eid nicht zu den Erfordernissen der Klagebeantwortung, so gilt dasselbe von der Replik, bei welcher der Kläger in dem Verhältnisse eines Verklagten steht, so wie von der Duplik als Exceptionsschrift gegen die Replik. Nach derselben Analogie richtet sich auch die Verwarnung, unter welcher die Replik resp. Duplik eingefordert wird. „Die vom Gegner angeführten Thatsachen und beigebrachten Urkunden, worüber keine Erklärung abgegeben ist; werden für zugestanden und anerkannt erachtet." Andere oder größere Nachtheile als die angedrohten können aber den Ungehorsamen nicht treffen.

---

[6]) Verordn. v. 1. Junius 1833 §. 74.
[7]) A. G. O. I. 9. §. 5. 16.
[8]) Wie bei Evelt „Die Gerichtsverfassung in Preußen". §. 138.

Digitized by Google

Das Stadium, in welchem eine Erklärung über einen zugeschobenen Eid erfolgen muß,[9]) ist der Audienztermin. Denn an die Stelle des früher im ordentlichen Prozesse stattfindenden Termins zur Regulirung des status causae et controversiae ist jetzt das Referat und der Termin zur mündlichen Verhandlung getreten, während die auf eine bestimmte Zahl beschränkten Partheischriften, statt der früheren zahllosen Instruktionstermine die Gränzen bilden, innerhalb deren die Auslassungen der Partheien sich bewegen sollen. Die ehemals getrennten Functionen des Instruenten und des beschließenden Collegiums

A. G. O. I. 10. §. 41—50.

sind gegenwärtig in der Deputation vereinigt. Wie früher der Instruent, so hat jetzt der Vorsitzende für die gehörige Erörterung der Sache zu sorgen und diejenigen Fragen zu stellen, welche die beisitzenden Richter den Partheien vorgelegt zu sehen wünschen.

Verord. v. 1. Junius 1833 §. 28.

Da die Deputation die beweisenden (also auch die zu beschwörenden) Thatsachen und die Beweismittel festzusetzen, mithin auch über die Erheblichkeit eines Eides zu befinden, der Delat aber nur über vom Richter für erheblich gehaltene Eide sich zu erklären hat, so liegt dem Vorsitzenden ob,[10]) den erschienenen Delaten, unter Angabe der zu beschwörenden Thatsachen, zur Abgabe der für nothwendig gehaltenen Erklärung aufzufordern; zumal unter andern nur derjenige pro jurare nolente erachtet

---

[9]) Daß der Delat sich früher erklären kann und eine baldige Erklärung zu den prozessualischen Cautelen gehört, bedarf kaum einer Erwähnung. Nach erfolgter Acceptation kann ein deferirter Eid nicht mehr widerrufen werden; und wenn ein angetragenee oder zurückgeschobener Eid ohne Vorbehalt angenommen worden ist, und der Acceptant verstirbt vor der wirklichen Ableistung, so wird selbiger für geschworen geachtet. A. G. O. I. 10. §. 298. 378.

[10]) Im Bagatellprozeß dem Kommissar.

Digitized by Google

werden kann, der seine Erklärung über einen Eid abzugeben verweigert hat.[11])

A. G. O. I. 10. §. 297. 375. 376.

Auch vom practischen Gesichtspunkt aus betrachtet läßt sich die Behauptung: eine Erklärung über deferirte Eide in der Partheischrift sei zweckmäßig, nicht vertheidigen. Denn durch eine solche Erklärung wird der Lauf des Prozesses weder beschleunigt noch gehemmt. Immerhin muß die Deputation über die Erheblichkeit des Eides entscheiden; den Streit über die Eidesnorm schlichten und den Eid selbst normiren. Bevor dies geschehen, ist die Eidesabnahme unzulässig.

Von besonderer Wichtigkeit ist die aufgeworfene Frage in der Appellationsinstanz, im Fall der Appellant über eine bereits in erster Instanz angeführte (also nicht neue) Thatsache dem Appellaten in der Appellations-Rechtfertigungsschrift den Eid deferirt und Appellat eine Beantwortung nicht eingereicht, oder in der eingereichten sich über den angetragenen Eid nicht erklärt hat. Wer eine Erkläruug über einen deferirten Eid für ein Erforderniß der Klagebeantwortung und den Delaten, bei fehlender Erklärung, pro jurare nolente hält, muß dasselbe mit den nemlichen Folgen in dem gegebenen Falle behaupten, weil das dem Verklagten angedrohte Präjudiz auch dem Appellaten gestellt wird.

Verord. v. 1. Junius 1833 §. 14. 44.

Nach der hier versuchten entgegenstehenden Ausführung der wir

---

11) Wie oft werden die Partheien überrascht, wenn der Richter aus einem Chaos von unerheblichen Thatsachen, vermischt mit Rechtsbegriffen, Ansichten und sonstigen alotriis, worüber in solle der Eid deferirt war, eine erhebliche Thatsache herausklaubt, und diese in den Entscheidungsgründen in contumaciam für zugestanden annimmt, weil eine Parthei, obgleich im Audienztermin erschienen, sich über den Eid zu erklären, nicht etwa geweigert, sondern versäumt habe. Die Versäumniß trifft aber viel mehr den Richter, und: quidquid delicant reges, plectuntur Achivi.

Digitized by Google

ganz beistimmen, kann aber Appellat seine Erklärung bis zum Audienztermine verschieben und eine Aufforderung, sich über Annahme oder Zurückschiebung des Eides zu erklären, abwarten.

LXXXIII.

Ueber die sogenannte Verjährung der Litispendenz.

Vgl. Linde, Zeitschr. II. 153.
Savigny, Syst. V. 322.

Abhandlung von Herrn Regierungs-Assessor **Herdieck** zu Eisleben.

Mit so großer Vorliebe bei den Darstellungen des Römischen und Gemeinen Rechts die Lehre von der Verjährung behandelt zu werden pflegt, eben so kurz und beiläufig ist gewöhnlich dasjenige, was über die Litispendenz-Verjährung gesagt wird. So erwähnt Thibaut, Syst. des Pand. Rechts 7. Aufl. §. 1069., ihrer bei der Unterbrechung der Klagenverjährung mit der Bemerkung, daß, wenn nach Unterbrechung der Verjährung die Klage liegen bleibt, „nun die 40jährige Präscription wieder zu laufen anfängt." Fast ebenso Mackeldey, Lehrbuch 6. Aufl. §. 180. Danach wäre die Litispendenzverjährung ihrem Wesen nach als Fortsetzung der alten, jedoch unterbrochen gewesenen Verjährung aufzufassen. Die neuern Lehrer des gemeinen Rechts erklären die Litispendenzverjährung zwar anders und, wie weiterhin dargethan wird, richtiger, gehen aber dabei nicht weiter auf die Sache ein. So z. B. Göschen Vorlesungen §. 155.: „nach

Digitized by Google

Ablauf dieser 40 Jahre ist der Prozeß verjährt, er kann nun nicht wieder aufgenommen werden." — Die Berichtigung des Begriffs über die Wesenheit dieser Litispendenzverjährung ist der Zweck nachstehender Erörterung.

Das Institut der Verjährung ist rein positiver Natur. Je mehr in einem civilisirten Staate die Idee des Rechts sich verwirklicht und die mannichfachen Verhältnisse des bürgerlichen Lebens beherrscht, jemehr demgemäß das Rechtsschutzsystem sich ausbildet, um so mehr macht sich allmählich das Bedürfniß nach einem Institute geltend, welches verhindert, daß der zu weit gehende Rechtsschutz nicht gerade die Quelle der Rechtsunsicherheit werde. Dem factischen Zustande, verbunden mit einer gewissen Dauer, wird eine gewisse rechtliche Wirkung beigelegt, um in die der Herrschaft des Rechts unterworfenen Verhältnisse Sicherheit zu bringen; der Möglichkeit des Rechtsschutzes werden aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit Grenzen gesetzt. Man beschränkt den Rechtsschutz, um selbst das Recht zu schützen.

Hierin besteht das Wesen der Klageverjährung. Das älteste Römische Recht kannte nur eine verwandte Prozeßverjährung. Die judicia imperio continentia mußten während der Dauer des imperii beendet werden, widrigenfalls sie erloschen. Dies war ein Institut des öffentlichen und formellen Rechts, nicht des materiellen Privatrechts. Mit dieser Prozeßverjährung war das Verfahren in der Art beendet, daß der Richter ex officio Rücksicht darauf nehmen mußte.

Auf die den Gegensatz bildenden judicia legitima ist später dasselbe Princip angewendet, wenn auch modifizirt. Gai. IV. 103—105. fr. 32. D. de jud. 5. 1. fr. 18. §. 4. de dol. malo 4. 3.

Die ersten Anfänge der eigentlichen Klageverjährung finden sich in den Edicten der Prätoren, welche für neu eingeführte Klagen bestimmte Fristen festsetzten (intra annum judicium dabo). Daran reihte sich zunächst die longi temporis praescriptio, bis endlich der jüngere Theodosius sowohl dem Institute der Verjäh-

Digitized by Google

rung einen generellen Umfang gab, als auch gleichzeitig die Litispendenz-Verjährung einführte. Die Constitution lautet in dem bezüglichen Theile also:

Const. un. C. Theod. de act. cert. temp. 4. 14.

„Sicut in rem speciales, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur... Quae ergo ante non modo sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem.... In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam, in judicium actione deducta, habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur.“

Justinian dehnte die Dauer der angestellten Klage auf 40 Jahre aus, „cum non similis sit, qui penitus ab initio tacuit, ei, qui et postulationem deposuit, et in judicium venit et subiit certamina, litem autem implere per quosdam casus praepeditus est.“

L. 9, Cod. de praescript. 30 ann.

Er wiederholt diese Bestimmung in C. un. Cod. §. 1. de annali except.

In allen diesen Stellen, namentlich der zuerst erwähnten des Kaisers Theodosius d. J. wird die Litispendenzverjährung als ganz auf gleicher Linie mit der Klageverjährung stehend behandelt und es lag deshalb nahe, wie solches die Eingangs erwähnten Lehrer des Römischen Rechts thun, beide als ein und dieselbe Verjährung anzusehen, von denen die eine vor, die andere nach der Unterbrechung der Klageanstellung läuft. —

Nach dem jetzigen Standpunkte der Rechtswissenschaft kann man es so gut wie ausgemacht ansehen, daß der Gegenstand der Klageverjährung nicht das Recht an sich, sondern die Klage ist, oder was im Resultat dasselbe ist, daß nach Ablauf der Verjäh-

Digitized by Google

rung immerhin eine naturalis obligatio übrig bleibt. Ist nun aber der Gegenstand der Verjährung die Klage, so ist es einleuchtend, daß mit Anstellung der Klage jedes mögliche Object einer weiteren Verjährung wegfällt. Die rechtzeitige Anstellung der Klage ist deshalb nicht eine Unterbrechung der Verjährung, wie dieses durchgängig behauptet wird, sondern das Ende der Verjährung; nachdem dasjenige, was durch die Verjährung verloren werden soll, wirklich geworden ist, kann der Verlust nicht weiter mehr gedacht werden. Die Anstellung der Klage ist so wenig eine Unterbrechung der Verjährung, wie die Befriedigung des Gläubigers.

Es war deshalb in der Natur der Sache mit Nothwendigkeit begründet, daß, so wie ursprünglich jede Klage perpetua war, später, nachdem dies abgeändert war, nach Anstellung der Klage diese wieder eine perpetua wurde. Eine Beschränkung der Dauer ohne positive Vorschrift war juristisch undenkbar.

In diese Lage der Sache tritt die Theodosianische Constitution, der Lage selber, wie es scheint, wenig bewußt. Sie stellt sich äußerlich als eine bloße Ausdehnung des vorhandenen Institutes dar. Eine solche bloße Ausdehnung war aber, wie gezeigt, in der vorliegenden Art nicht mit dem Wesen des Instituts vereinbar. Man muß vielmehr die Verordnung als wesentlich etwas Neues statuirendes auffassen, und dessen Natur aus seiner Stellung zu dem vorhandenen Rechte zu erkennen suchen. Ihrer Wurzel nach ging die Verordnung aus demselben Bedürfniß hervor, welches die Quelle der Klageverjährung war. Sie wollte denselben praktischen Zweck nach Anstellung der Klage erreichbar machen, welchen die Klageverjährung vor der Anstellung hatte. Die angeführten Constitutionen sprechen dies, freilich etwas gefärbt, nach der concreten Anwendung, klar genug aus.

Als Anhalt bot sich die bis in das neue Römische Recht hineinreichende Prozeßverjährung dar, die aus ganz anderer Quelle wie die Klageverjährung entstanden, von den judiciis imperio continentibus auf die bisherigen judicia übertragen war. Allein

Digitized by Google

das Institut war dem Zwecke der Klageverjährung ganz fremd, war historisch und in seiner praktischen Brauchbarkeit ganz abgestorben. Was davon in den Justinianischen Rechtsbüchern sich findet, ist von selbst obsolet geworden.

Dem Zwecke viel mehr entsprechend war es, die Klageverjährung selbst in eine neue, freilich durch die Natur der Sache modifizirte Anwendung zu bringen. Als eine nothwendig sich ergebende Modification tritt zunächst und als Hauptmoment das hervor, daß es sich hier nicht um das Klagerecht, sondern um die Wiederaufnahme eines Prozesses handelt, um die Fortsetzung eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens. Dieses ist der eigentliche Gegenstand der neuen Verjährung. Es springt in die Augen, wie sehr sich hierdurch das neue Institut von dem alten, mit dem es ganz denselben Zweck gemein hat, unterscheidet. Die Klageverjährung gehört, insofern die Verfolgbarkeit, die Realisirbarkeit zum Wesen eines wirklichen Rechtes gehört, recht eigentlich in das materielle Recht. Wenn es sich aber um die Befugniß handelt, ein wirklich eingeleitetes prozessualisches Verfahren fortzusetzen, wiederaufzunehmen, so bewegt sich dies vornehmlich auf dem Boden des formellen Rechts. Die Litispendenzverjährung hat es nicht mit der Verfolgbarkeit eines Rechts, sondern mit der Verfolgbarkeit eines Prozesses zu thun, sie schneidet nicht die Realisirung eines Rechts ab, sondern die Vollendung der Realisirung. Dem Zwecke und dem Resultate nach gleich mit der Klageverjährung, ist sie ihrem Wesen nach anderer Natur. Wenn auch der Gesetzgeber dieser Natur des Instituts und der daraus fließenden Consequenzen sich nicht bewußt war, so kann dies in der Sache nichts ändern. Jede rechtliche Bestimmung kann und muß nach ihrem Verhältniß zum ganzen übrigen Rechtssysteme aufgefaßt werden, sie ist Theil eines Ganzen und zwischen beiden besteht eine unzerstörbare Wechselwirkung.

Man möchte bei dem angegebenen Wesen der Litispendenz-Verjährung geneigt sein, sie ganz und gar in das Prozeßrecht zu verweisen. Allein es ist in ihr doch so viel von der Klage-

Digitized by Google

verjährung, daß sie so wenig als Prozeßvorschrift, wie als eine Vorschrift publici juris angesehen werden kann. Die Litispendenz-Verjährung unterscheidet sich dadurch von den rein formellen und zum öffentlichen Rechte gehörigen Prozeßvorschriften, daß der Richter nicht ex officio Rücksicht darauf zu nehmen hat, daß solche nicht ipso jure, sondern nur ope exceptionis wirksam wird. Beides erklärt sich nur durch ihre nahe Anlehnung an das vorhandene Institut der Klageverjährung.

Dieser innige Zusammenhang muß auch die Frage nach der Wirkung der Litispendenzverjährung beantworten lassen, so geneigt man auch sein möchte, anders zu deduciren. Man könnte sagen: der Zweck des Prozesses ist, das unter den Parteien bestrittene Rechtsverhältniß zur rechtlichen Entscheidung zu bringen. Dies schließt von selbst in sich, daß die Parteien ihre Ansprüche, so weit dieselben in judicium deducirt werden, von dem Erfolg der richterlichen Entscheidung abhängig machen: an die Stelle des bisherigen bestrittenen Verhältnisses tritt das Prozeßverhältniß. Daraus ergibt sich als Wirkung der lis inchoata:

1. Consumtion des Klagerechts: die Klage kann nicht mehr angestellt werden, weil sie von diesem Prozeß abhängig gemacht ist.
2. Verpflichtung zu dem, was das judicium und sein Ausgang aus dem bestrittenen Rechtsverhältniß machen wird. Das bestrittene Rechtsverhältniß löst sich in einen Anspruch auf Condemnation resp. Absolution auf.

Ja die Litis contestation wird von manchen Rechtslehrern gleichsam als ein Vertrag, der das ursprüngliche Rechtsverhältniß novirt, aufgefaßt.

Wenn sonach mit der Klage das ursprüngliche Rechtsverhältniß absorbirt, wenn aus der actio eine lis geworden ist, so kann, nachdem durch den Ablauf einer Zeit die lis mortua ist, von dem Uebrigbleiben des ursprünglichen Rechtes auch in schwächerer Gestalt als naturalis obligatio nicht mehr die Rede sein. Auch kann an die Stelle der obligatio oder actio

Digitized by Google

von dem Schweigen des Klägers abhängen lassen müssen, ob und wann eine Verjährung zu laufen beginnen solle. —

Die Verschiedenheit zwischen Klageverjährung und lit. pend.-Verjährung tritt noch darin hervor, daß beide als gleichzeitig laufend, ja nacheinanderlaufend gedacht werden können. Wenn eine Klage zu früh angestellt wird und demnächst die Partheien den Prozeß liegen lassen, so läuft unzweifelhaft die Prozeßverjährung. Während oder nach Ablauf der Frist tritt die Fälligkeit ein, die actio wird nata und die gewöhnliche Verjährung beginnt. Hier bleibt von der Litispendenzverjährung nur der formelle Theil, das anhängige Prozeßverfahren erlischt, von einem Zurückbleiben einer naturalis obligatio für den Beklagten kann keine Rede sein, da noch gar keine obligatio da war. Man kann der Litispendenz-Verjährung hier nicht mehr Wirkung beilegen, als einem Erkenntniß, welches die Klage als zu früh angestellt abweist. In dieser Anwendung hat die praescriptio lit. pend. kaum eine Aehnlichkeit mit der Klageverjährung mehr, sie liegt ganz auf dem Gebiete des Prozeßrechts.

Das Preußische Recht kennt die Litispendenz-Verjährung nicht. Es ist dies die nothwendige Folge seiner Auffassung der Verjährung. Hier gibt es keine Klageverjährung als eigenthümliches Rechtsinstitut, sie fällt vielmehr in die allgemeine Verjährung durch Nichtgebrauch. Ihre Folge ist der Untergang des Rechts selbst, ipso jure. Demgemäß ist die Anstellung der Klage eine wirkliche Unterbrechung; wird die Klage demnächst liegen gelassen, so beginnt die alte Verjährung des Rechts wieder. Der einzig mögliche Fall, in welchem dies eintreten kann, (nach der Ger. Ordn.) ist der, daß der Kläger im Termine nach der Klagebeantwortung nicht erscheint, alsdann ist nach 4 Wochen die Rechtshängigkeit erloschen und die Verjährung läuft wieder. Jede andere Nachlässigkeit hat auf den Fortgang des Prozesses keinen Einfluß, da der Richter in contumaciam die Sache zur Entscheidung bringen muß. Falls der Richter dieser Pflicht

Digitized by Google

nicht genügt, so läuft keine Verjährung, auch wenn die Partheien selbst schweigen. —

Von practischer Bedeutung ist die Frage, was aus einer laufenden Litispendenz-Verjährung bei Einführung des A. Landrechts geworden sei, namentlich in Betreff der bei dem Reichsgerichte anhängigen Prozesse. Man wird schwerlich behaupten wollen, daß die Litispendenz erlösche, weil diese Prozesse nunmehr nach der Gerichtsordnung ebenso anzusehen seien, als die Preußischen Prozesse, in denen der Kläger in dem Termine nach der Klagebeantwortung ausgeblieben sei, ohne in 4 Wochen zu reassumiren. Ebenso wenig wird man aber auch umgekehrt behaupten können, daß jede Verjährung aufhöre, weil ja nunmehr nach der Gerichts-Ordnung der Richter ex officio den Prozeß fortführen müsse und so lange er dies nicht thue, die Verjährung nach dem Landrechte nicht laufe. In solchem Falle ist die Nichtaufnahme um so weniger als eine Schuld des Richters anzusehen als er die Existenz des Prozesses nicht einmal wissen kann. Es war vielmehr Pflicht der Partheien, die Wiederaufnahme zu beantragen.

Vergl. Instruktion vom 30. Sept. 1814, betr. Einleitung der schwebenden Prozesse in das Verfahren der Ger.-Ord. §. 2.

Verord. vom 29. August 1825 über denselben Gegenstand, für das Herzogthum Westphalen §. 1.

Nach Analogie des Uebergangs der gemeinrechtlichen Klageverjährung in die landrechtliche Rechtsverjährung muß man annehmen, daß die Litispendenz-Verjährung in die gewöhnliche materielle Verjährung übergeht, neben dieser Verjährung aber die Sache selbst rechtshängig bleibt, eine Erscheinung, die nur in diesem Falle möglich ist.

Digitized by Google

LXXXIV.

1. Eigenthümerin des zu einer katholischen Pfarrei gehörigen Kirchengutes ist nicht die katholische Kirche im Großen, sondern die kirchliche Gemeinde, und der Bischof zu dessen Verfolgung legitimirt, wenn kein Pfarrer vorhanden ist.
2. Die Schuld hat dagegen der Bischof nicht zu vertreten.
3. Die Vornahme von Taufen, Copulationen und Beerdigungen in einer Klosterkirche sind für sich allein kein Beweis, daß mit dem Kloster eine Pfarrei verbunden sei.
4. Wenn der zu einer fortlaufenden Prästation Berechtigte während der Verjährungszeit vom Verpflichteten diese Prästation nicht anders als **precario** geleistet erhält, so steht ihm ungeachtet der geschehenen Leistung die Einrede der Verjährung entgegen.

Rechtsfall, mitgetheilt
von Herrn Rechtsanwalt **Tilmann** zu Wetzlar.

Durch den Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Febr. 1803 wurde die im Fürstenthum Bramfels belegene Prämonstra-

Digitized by Google

unser-Frauen-Abtei Altenberg säculasirt und dem damaligen Landesherrn, dem Fürsten von Solms-Braunfels zugewiesen. Bis zum Jahre 1803 hatten die meist katholischen Pächter des Klosters mit ihren Familien alle ihre religiösen Bedürfnisse in der Klosterkirche befriedigen können, indem dort nicht nur regelmäßiger Gottesdienst gehalten, sondern auch getauft und copulirt und der Klosterkirchhof zum Begräbnisse weltlicher Personen benutzt wurde. Bei der Besitznahme des Klosters hob der Fürst von Braunfels diesen Gottesdienst auf, entließ den Prior, welcher die Pastoralfunctionen vorgenommen hatte und incorporirte Altenberg der benachbarten evangelischen Pfarrei Oberndorf. Auf Ersuchen der Pächter, welche in Altenberg wohnhaft blieben, suspendirte derselbe jedoch bald darauf diese Incorporation wieder und stellte mit Genehmigung des Bischofs in Altenberg einen Klostergeistlichen aus der benachbarten Stadt Wetzlar an, welcher mit der cura animarum betraut wurde. Seitdem wurde auf fürstliche Kosten wieder Pfarrgottesdienst gehalten und zwar von 1804 bis 1828 durch Geistliche, welche in Altenberg wohnten, später mit einigen Unterbrechungen bis 1841 durch Capläne aus Wetzlar. Gleich bei Beginn dieser Einrichtung im Jahre 1804 und später bei jeder dazu geeigneten Gelegenheit, erklärte indessen der Fürst, daß er keinerlei Verpflichtung anerkenne, einen Pfarrer in Altenberg zu dotiren oder überhaupt dort Gottesdienst halten zu lassen und daß Dasjenige, was er in dieser Beziehung thue, eine seine jederzeit widerrufliche Gnadenbewilligung sei. Im Jahre 1841 ließ derselbe diesen Gottesdienst gänzlich eingehen.

Am 4. April 1849 erhob nun der Bischof von Trier Klage, welche er als Vindication bezeichnete und worin er behauptete, es habe in Altenberg vor 1803 mehrere Jahrhunderte hindurch eine Pfarrei bestanden, indem dort laut der noch vorhandenen Kirchenbücher, welche 1640 begönnen, stets getauft, copulirt und beerdigt worden sei. Die Pfarrei habe sich auf alle im Fürstenthum Braunfels wohnhaften Katholiken erstreckt. Deren Ursprung

dahin, wie aus einem alten Briefe von 1499, worin der Abtissin des Klosters das Patronat einer Kirche zu Dalheim übertragen wird, erhellen soll, dahin, daß die Pfarrei des im Mittelalter verschwundenen Dorfes Dalheim bei Altenberg dem Kloster incorporirt worden sei. Durch den Reichsdeputationshauptschluß sei nur das Klostervermögen, nicht das Pfarrvermögen dem Fürsten zugefallen. Letzteres müsse also herausgegeben werden. Man sei nicht im Stande, dasselbe genauer zu bezeichnen; es bleibe daher nur übrig, auf Herausgabe der Kirche und Dotation der Pfarrei und der mit einer solchen naturgemäß verbundenen Schule zu klagen. Verlangt wurde demnach

die Herausgabe der Kirche mit dem Kircheninventar, ein Schulhaus, eine Wohnung nebst Garten für den Pfarrer, ein Gleiches für den Lehrer, eine portio congrua für den Pfarrer von jährlich 600 Fl., für den Aufwand des Gottesdienstes 150 Fl., für den Küster 50 Fl., für den Lehrer 300 Fl., auch der Antrag gestellt, dem Fürsten alle Attentate wegen des Pfarrgottesdienstes, der geistlichen Jurisdiction und des Patronats zu verbieten.

Der Verklagte machte außer andern Einwendungen

die der mangelnden Activlegitimation und die der Verjährung,

und bestritt die Existenz einer Pfarrei Altenberg sowohl, als einer Pfarrei Dalheim. Das Königliche Kreisgericht zu Wetzlar wies die Klage auf Grund der Verjährung ab. Auf die Appellation des Klägers erkannte der Königliche Justizsenat zu Ehrenbreitstein,

daß Verklagter schuldig,

1. dem Kläger den Gebrauch der Kirchkirche nebst dem Inventar der Kirchengeräthe zur Ausübung des Gottesdienstes für die zu dieser Kirche gehörige Gemeinde einzuräumen,

2. eine Wohnung für den Pfarrer in Altenberg und eine portio congrua für Pfarrer und Küster zu gewähren

Digitized by Google

auch die Kosten des Aufwandes beim Chordienste zu bestreiten, die nähere Feststellung des Umfanges dieser Verpflichtung jedoch zum besondern Verfahren zu verweisen,

3. die Kirche und Pfarrwohnung zu unterhalten,

im Uebrigen, namentlich in Betreff der Schule wies derselbe die Klage, und zwar wegen des Antrages auf Verbot der Attentate, auf das Patronat u. s. w. in angebrachter Art, ab. Die Gründe lauten

1. in Betreff der Activlegitimation:

Dieselbe kann, so weit die Klage die Dotation der Pfarrei zu Altenberg zum Gegenstande hat, keinem Bedenken unterliegen. Die Ansicht des ersten Richters, daß nach der Verfassung der katholischen Kirche die allgemeine Kirche, deren Oberhaupt der Papst sei, als Subjekt der in jeder einzelnen Pfarrei belegenen Kirchengüter angesehen werden müsse und daß der Papst, so viel die Sorge für dieses Kirchengut und dessen Erhaltung betreffe, in jeder Diöcese durch den Bischof vertreten werde, kann zwar nicht für richtig erachtet werden, vielmehr erscheint von den vielen verschiedenen Ansichten über die Frage, wem das Eigenthum am Kirchengute zustehe, diejenige als die allein richtige, welche das Eigenthum den einzelnen Kirchengemeinden zugesteht. Neben diesem Eigenthume der Kirchengemeinde steht aber das Oberaufsichtsrecht des Bischofes als geistlichem Obern, dessen Sache es namentlich ist, die Bestimmung des Kirchenguts zu wahren.

Richter, Kirchenrecht §. 287.

Im vorliegenden Falle kann deshalb die Legitimation des Bischofs, die Dotation der Pfarrkirche zu Altenberg zu reclamiren, um so weniger bezweifelt werden, da weder ein Pfarrer in Altenberg fungirt, noch die dortige Gemeinde eine andere Vertretung hat und es daher, wenn die Aufsichtsbehörde nicht als zur Klage legitimirt angesehen würde, an einem zur Geltendmachung der Rechte der Gemeinde Altenberg berechtigten Vertreter gänz-

Digitized by Google

Ach fehlen würde. Der Einwand des Verklagten, daß nach der Instruktion vom 23. Oktober 1817 nur die Königliche Regierung eventuell zur Anstellung der Klage legitimirt sein würde, kann um so weniger für begründet erachtet werden, da nach Art. 15. der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 die römisch-katholische Kirche ihre Angelegenheiten selbstständig zu verwalten und zu ordnen hat.

Dagegen kann Kläger zu der Klage, soweit dieselbe die Dotation der Schule zu Altenberg zum Gegenstande hat, nicht für legitimirt erachtet werden. Kläger deduzirt seine Legitimation daraus, daß er die Schule als ein Annexum der Kirche angesehen wissen will. Diese Auffassung ist indessen, wenn auch die Volksschulen früher in einer nähern Beziehung zur Kirche gestanden haben mögen, jetzt nicht mehr für richtig zu erachten. Die Volksschulen sind als Staats- resp. Gemeinde-Anstalten anzusehen, deren Aufsichtsbehörden, namentlich was das Vermögen betrifft, allein die Regierungen sind, und auf welche den geistlichen Behörden nur in so weit eine Einwirkung zugestanden werden kann, als sie den religiösen Unterricht in den Schulen zu leiten und zu beaufsichtigen haben.

Richter, Kirchenrecht §. 283.

Verfassungsurkunde Art. 24.

Der Kläger mußte daher mit allen Klageanträgen, welche die Dotation der Schule zu Altenberg zum Gegenstande haben, wegen mangelnder Legitimation abgewiesen werden.

2. In Betreff der Verjährung:

Sämmtlichen Klageanträgen hat Verklagter noch den Einwand der Acquisitiv- sowohl, als der Extinktivverjährung entgegengesetzt. Von einer Acquisitiv-Verjährung kann nach Lage der Sache keine Rede sein, da, wie oben ausgeführt worden, eine Vindikationsklage nicht begründet ist und Verklagter das Eigenthum sämmtlicher Abteigüter, namentlich auch der Kirche, bereits durch den Reichsdeputationshauptschluß erworben hat, also nicht erst noch durch Acquisitivverjährung zu erwerben brauchte. Es

Digitized by Google

kann sich vielmehr nur fragen, ob die oben als begründet angenommene Verbindlichkeit des Beklagten durch Extinctivverjährung erloschen ist. Dies ist vom ersten Richter, jedoch mit Unrecht angenommen worden. Allerdings war schon im Anfange des Jahres 1803, als der Fürst die Abtei in Besitz nahm und die Klostergeistlichen die Abtei verlassen mußten, actio nata vorhanden. Nach den vom Beklagten selbst vorgelegten Verhandlungen ist aber der Pfarrgottesdienst in der Mitte des Jahres 1804 wieder hergestellt worden und hat von da an bis 1828 ganz in derselben Weise fortbestanden, wie zur Zeit der Abtei; es hat in Altenberg während der angegebenen Zeit ein eignes vom Fürsten salarirter Geistlicher fungirt und seine Residenz gehabt, welcher nicht nur den Gottesdienst in der Klosterkirche gehalten, sondern auch alle Parochialhandlungen ebenso wie vor 1803 ausgeübt hat. Von 1828 bis 1841 hat ein in Wetzlar fungirender Kaplan zugleich den Gottesdienst in Altenberg gehalten und dafür ein kleines Salar vom Fürsten bezogen. Bei der Wiedereinrichtung des Gottesdienstes hat sich nun zwar der Fürst in der bündigsten Art gegen die Annahme verwahrt, daß dazu eine rechtliche Verpflichtung obwalte, vielmehr ausdrücklich ausgesprochen, daß Alles, was seinerseits zu diesem Zwecke geschehe, nur als eine precäre, widerrufliche Gnadenbewilligung anzusehen sei; er hat diese Verwahrungen später vielfach und bei jeder hierzu geeigneten Gelegenheit wiederholt. Wenn es sich darum handelte, ob durch Dasjenige, was Seitens des Fürsten seit 1804 zum Zwecke des Gottesdienstes in Altenberg geschehen ist, ein Recht der Kirchengemeinde und resp. eine Verpflichtung des Fürsten durch erwerbende Verjährung begründet worden sei, so würden jene Reservationen und Protestationen unbedenklich von der erheblichsten Bedeutung sein. In Bezug auf die Extinctivverjährung sind dieselben aber nicht von Bedeutung. Die Extinctivverjährung wird nämlich dadurch unterbrochen, daß die die Klage begründende Rechtsverletzung aufhört, indem dadurch die Veranlassung, Klage zu erheben, wegfällt.

Eisenmenger, Ehrlecht Band I. pag. 208.
von Savigny Band V. pag. 313.

In dieser Art ist im vorliegenden Falle die Verjährung dadurch unterbrochen, daß von der Mitte des Jahres 1804 bis zum Jahre 1828 ganz in derselben Weise wie zur Zeit der Abtei ein Geistlicher in Altenberg fungirte, den Gottesdienst hielt und alle Parochialfunctionen, wie früher ausübte. Bis zum Jahre 1828 würde es der Klage an jedem Gegenstande gefehlt haben, da der Altenberger Gemeinde Alles gewährt war, was sie nach den Bestimmungen des Reichsdeputationshauptschlusses fordern konnte. Das Einzige, worauf allenfalls hätte geklagt werden können, wäre die Zurücknahme der vom Fürsten von Solms gemachten Vorbehalte und die Anerkennung seiner Verbindlichkeit gewesen; dazu lag aber, so lange der Fürst, wenngleich unter Vorbehalt, Alles gewährte, was von ihm gefordert werden konnte, durchaus keine Veranlassung vor; es konnte vielmehr abgewartet werden, daß der Fürst von dem gemachten Vorbehalte Gebrauch machte und den Gottesdienst beschränkte oder ganz einstellte. Seit dieses geschehen, nämlich seit 1828 resp. 1841 ist aber der zur Verjährung erforderliche Zeitraum noch nicht verflossen.

3. In der Frage wegen Existenz einer Pfarrei stützt das Urtheil II. Instanz die Entscheidung auf die Kirchenbücher. Da nach katholischem Kirchenrechte nur ein Pfarrer populiren könne, nur er in der Regel zu taufen, zu beerdigen und die Kirchenbücher zu führen berechtigt sei, alle diese Functionen aber von dem Prior der Abtei Altenberg inhalts der Kirchenbücher 150 Jahre hindurch wahrgenommen sein, so folge mit Nothwendigkeit, daß dort seit undenklicher Zeit eine Pfarrei bestanden habe. Diese unvordenkliche Verjährung ersetze den Nachweis eines rechtsgiltigen Titels und begründe die Vermuthung, daß das Verhältniß auf einer rechtlichen Grundlage beruhe. Die Lasten dieser so bestandenen Pfarrei habe das Kloster getragen; sie seien mit dem Klostervermögen auf den Beklagten übergegangen. Die nähere Determinirung dieser Lasten müsse, da es

Digitized by Google

zur Zeit an den nöthigen Unterlagen fehle, einem Separatverfahren vorbehalten bleiben.

Der Verklagte legte gegen dieses Urtheil das Rechtsmittel der Revision ein.

Das Urtheil III. Instanz lautet wie folgt:

Im Namen des Königs.

In Sachen des Fürsten Friedrich Wilhelm Ferdinand zu Solms-Braunfels, Verklagten, jetzt Revidenten,

wider

den Bischof Wilhelm Arnoldi zu Trier, Kläger, jetzt Revisen,

hat der fünfte Senat des Königl. Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 6. September 1853, an welcher Theil genommen haben:

der Vice-Präsident Jähnigen, die Geheimen-Ober-Tribunalsräthe v. Oppen, Frech, Schnaase, Hermes, Broicher, der Geheime Justizrath Blömer

für Recht erkannt:

daß unter Abänderung des Urtheils des Königl. Justizsenats vom 15. Januar c. das Urtheil des Königl. Kreisgerichts zu Wetzlar vom 14. Mai v. J. wiederherzustellen und die Kosten aller Instanzen dem Kläger allein zur Last zu legen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

Die Zulässigkeit der Revision ist bei dem bestrittenen Werthe des Klageobjects und bei der Abweichung der beiden früheren Urtheile keinem Zweifel unterworfen. Die Vollmachten sind beigebracht und die Förmlichkeiten beobachtet.

In materieller Beziehung muß zunächst die bestrittene Legitimation des Klägers für begründet angenommen werden.

Das Rathsgutachten freilich, auf den erste Richter

angenommen hatte, als Eigenthum der allgemeinen, in jeder Diöcese durch den Bischof vertretenen Kirche angesehen werden, vielmehr erscheint nach der ausschließlich haltbaren und auch von der Mehrzahl der Kirchenrechtslehrer angenommenen Ansicht

(vergl. Walters K. R. §. 246.)

die juristische Person der einzelnen kirchlichen Gemeinden oder Institute als Subject dieses Eigenthums und es handelt sich nur darum, wer als der legale Vertreter dieser juristischen Personen zu betrachten ist. Dies ist nun bei einer Parochie zunächst und in der Regel der Pfarrer unter der Aufsicht und Autorisation des Bischofs. Wenn indessen, wie im vorliegenden Falle, die Existenz der Pfarre bestritten, ein Pfarrer nicht bestellt ist, auch nicht bestellt werden kann; so wird der Bischof, dem das kanonische Recht nicht blos die Aufsicht mit den ausgedehntesten Vollmachten beilegt, sondern ihn auch für die richtige Verwaltung des Kirchenguts verantwortlich erklärt,

(c. 5. C. X. 9. 1. — c. 7. C. X. 9. 2.)

für berechtigt erklärt werden müssen, diejenigen Ansprüche, welche die Parochie sonst wegen Mangels ihres gewöhnlichen Vertreters gar nicht geltend machen könnte, zu verfechten. Dies um so mehr, als auch das Recht des Bischofs zur Ernennung eines Pfarrers von der Existenz derselben abhängig ist und er somit auch ein eigenes Interesse dabei hat.

In der Sache selbst ist zunächst die Rüge des Verklagten gegen das angegriffene Urtheil, durch welche er behauptet, daß dasselbe unzulässiger Weise eine mutatio libelli vorgenommen, dem Kläger eine von ihm gar nicht angestellte Klage untergelegt, ungegründet. Es ist richtig, daß der Kläger seine Klage, besonders mit nachdrücklichen Worten in der Replik, als Vindication bezeichnet hatte, obgleich eine solche, da er hinzufügte, bestimmte Gegenstände seines Eigenthums nicht angeben zu können, nicht denkbar war; es ist ferner richtig, daß er die Incorporation der Pfarre zu Dalheim in die Klosterkirche zu Altenberg nicht blos, wie er es in seiner Revisionsbeantwortung darzustellen sucht, histo-

Digitized by Google

risch erzählt, sondern als den Ursprung der Verbindung einer wirklichen Pfarre mit jenem Kloster geltend gemacht und mithin als einen Theil des factischen Grundes seiner Klage dargestellt hatte.

Allein er hatte auch die fernere allgemeinere Behauptung aufgestellt, daß mit der Klosterkirche eine Pfarrkirche bleibend verbunden gewesen, er hat dieselbe auf Thatsachen gestützt, welche von der Frage nach der vorhergegangenen Existenz einer Pfarre in Dalheim und ihrer Incorporation ganz unabhängig waren, hätte er daher, selbst noch in erster Instanz, wie er es schon in der Appellationsrechtfertigungsschrift gethan, jenen ersten, aus der angeblichen Incorporation der Dalheimer Kirche hergeleiteten Klagegrund fallen lassen, und sich auf jene allgemeinere Behauptung beschränkt, so würde dies keineswegs als eine unzulässige mutatio libelli angesehen werden können. Jedenfalls blieb daher der Appellationsrichter innerhalb den durch die Litiscontestation ihm gestellten Grenzen, wenn er, jene Dalheimer Pfarre und ihre Incorporation für nicht erwiesen erklärend, untersuchte, was er aus den anderen angeführten Thatsachen herleiten könne, und dabei die unrichtig gewählte Bezeichnung der Klage als einer Vindication als gleichgültig beseitigte. Er konnte dies um so mehr, da diese Bezeichnung der Klage bei dem Mangel an Objecten der Vindication offenbar nur bezweckte, die Verpflichtung des Verklagten, als eine aus dem Besitze des Klostervermögens und nicht aus irgend einer persönlichen Obligation entspringend, darzustellen.

Mit Unrecht behauptet Verklagter gegenwärtig, daß ihm durch diese Auffassung der Klage das rechtliche Gehör entzogen sei, da er der Klage, wenn sie allgemein auf die Pfarrqualität der Altenberger Klosterkirche oder auf die, auf dem Klostervermögen ruhende Verpflichtung zur Erhaltung einer Pfarre gegründet worden wäre, ganz andere Einreden, namentlich die der Novation, entgegengesetzt haben würde, welche ihm überflüssig erschie-

Digitized by Google

nen, da es sich blos um die Vindication des Dalheimer Kirchengutes handelte.

Er hat es sich selbst beizumessen, wenn er sich nicht aller Einreden bedient hat, zu denen ihm die Klage nach ihrem ganzen Umfange Veranlassung gab, und läßt es sich namentlich nicht absehen, was ihn hinderte, die angebliche Einrede der Novation, so wie er sie in der Revisions-Rechtfertigungsschrift formulirte, der Klage so wie sie angebracht war, entgegenzusetzen.

Nicht minder ungegründet ist die Behauptung,

daß judex a quo dem Kläger etwas Anderes, als derselbe gefordert hatte, zuerkannt habe.

Der Kläger hatte Ausfolgung der Pfarrkirche und Dotation derselben für den Gottesdienst, eine Pfarrwohnung und eine bestimmt formulirte portio congrua für den Pfarrer und Küster beantragt. Das angegriffene Urtheil legt dem Verklagten die Einräumung des Gebrauchs der Kirche, die Bestreitung der Kosten des Gottesdienstes und jener Wohnung und portio congrua zu Last. Es hat daher in der That nur die Forderungen des Klägers ermäßigt, und wenn es dabei das Quantitative, das, wie gesagt, von dem Kläger bereits bestimmt formulirt war, behufs der bis dahin nicht erfolgten Ausmittelung desselben ad separatum verwiesen, so hat es dadurch gegen keinen Grundsatz des Prozesses verstoßen. Dagegen muß die Klage schon aus dem Grunde zurückgewiesen und danach das angegriffene Urtheil abgeändert werden, weil ihr der erforderliche Beweis fehlt.

Daß die Existenz einer Pfarrkirche zu Dalheim und die Union derselben mit dem Kloster, sowie der Uebergang von Dalheimer Kirchengut auf dasselbe völlig unerwiesen geblieben, leidet keinen Zweifel und ist auch vom Appellationsrichter angenommen. Es braucht daher die Behauptung des Verklagten

daß Dalheim mit dem gesammten Sömmerschen Bunde bald nach der Reformation sich zur Augsburgischen Confession bekannt habe, daß daher auch das Dalheimer Kirchengut

vermöge des Besitzes im Normaljahre 1624 den Evangelischen verbleiben müsse,

nicht weiter untersucht zu werden, obgleich diese Behauptung allerdings in dem sogleich zu erwähnenden Vergleiche vom Jahre 1586, durch die Note, wie darin der Dalheimer Kirche und des Spitals gedacht ist, unterstützt wird.

Es ist vielmehr nur, und zwar nach Maßgabe der von beiden Theilen beigebrachten Beweise zu prüfen, ob sonst die Existenz einer mit der Klosterkirche verbundenen Pfarre erwiesen sei. Dabei sind denn zunächst die beiden ältesten Urkunden, der s. g. Toleranz — Vergleich vom Jahre 1558 und der Vergleich vom Jahre 1586 zu berücksichtigen. Aus dem ersten ergiebt sich, daß der damalige Graf zu Solms sein jus reformandi bis auf den Klosterhof hat erstrecken wollen, und daß er nur der Meisterin und dem Konvent nebst den weltlichen Dienern des Klosters auf dem Hofe desselben verspricht, sie in der Ausübung der alten Religion und den Abt von Rommersdorf in Bestellung des Priorats und Kaplanats des Klosters unbehindert zu lassen.

Es war also damals, wie auch judex a quo angenommen, von einer incorporirten Pfarre mit einem außerhalb des Klosters belegenen Sprengel nicht, sondern nur von der Ausübung des Gottesdienstes im Kloster und für dasselbe die Rede. Derselbe Zustand bestand auch noch zur Zeit des Vergleichs vom Jahre 1586, wenigstens geben die umfassenden Bestimmungen desselben, durch welche offenbar alle denkbaren Conflicte zwischen dem Landesherrn und dem Kloster beseitigt werden sollten, nicht die mindeste Spur weiter gehender Ansprüche.

Judex a quo glaubt dagegen den Beweis der Existenz einer Pfarre in den Kirchenbüchern zu finden, die man, auch insoweit sie nur Abschriften enthalten, als glaubwürdige ihren Inhalt beweisende Urkunden ansehen kann.

Sie ergeben nun allerdings, daß die im Kloster befindlichen Geistlichen ununterbrochen ungefähr seit 1640 Taufen, Copulationen und Begräbnisse vorgenommen haben. Allein bei

Digitized by Google

Weitem die Mehrzahl der darin verzeichneten Fälle betrifft die Hof- und Dienstleute, oder, soweit es bei ihnen vorkommen konnte, die Klosterfrauen und im Kloster weilenden Geistlichen. Die größere Zahl der übrigen Fälle bezieht sich auf Fremde, außerhalb der Solmsischen Lande wohnhafte Personen, oder auf Vagabunden, sehr gering ist dagegen die Zahl derjenigen, bei welchen Einwohner der benachbarten Solmsischen Lande betheiligt sind, wenn man diejenigen Copulationen, bei denen ein Theil zu den Hof- oder Dienstleuten des Klosters gehörte, abrechnet.

Offenbar berechtigt dies Resultat nicht, eine von dem klösterlichen Gottesdienste abgesonderte Pfarre anzunehmen. Die an den Klosterleuten vorgenommenen Pfarramtshandlungen erklären sich von selbst aus dem Zustande der Dinge, welchen der Toleranzvergleich vom Jahre 1558 ergibt. Da den Hofleuten gestattet war, in ihrer alten Religion zu bleiben, während das Land rings umher evangelisch geworden war, so mußten die Kirchenoberen dafür Sorge tragen, daß ihnen die Sacramente und die sonstigen geistlichen Dienste durch die im Kloster weilenden Geistlichen gereicht werden konnten. In Beziehung auf Begräbnisse und Taufen hatte das überall kein Bedenken, da auch Taufen, obgleich sie der Regel nach nur von dem Pfarrer und in der Pfarrkirche gegeben werden sollen, dennoch in Ermangelung des Pfarrers auch vom Diakonen

(Walter a. a. O. §. 274.)

ja selbst von jedem Laien vorgenommen werden können. Ueberdies kann außer dem Pfarrer auch jeder von ihm oder dem Bischof delegirte Priester taufen,

(Pontificale Romanum bei Eichhorn, K. R. II. S. 269.)

und diese Delegation dürfte bei der, zufolge des Vergleichs vom Jahre 1558 unter Genehmigung des Erzbischofs von Trier durch den Abt zu Rommersdorf ertheilten Bestellung der Klostergeistlichen und bei dem kirchlichen Bedürfnisse der Hofleute des Klosters sich von selbst verstanden haben.

Digitized by Google

Zweifelhafter ist das Verhältniß der Copulationen wegen der Bestimmung des Tridentinischen Concils, nach welcher dieselben nur coram parocho proprio gültig geschlossen werden können. Allein da das Tridentinische Concil im Solmsischen Lande als einem protestantischen nicht anerkannt war, so waren

(Walter, a. a. O. §. 294)

daselbst auch die formlosen Ehen, die vor einem Priester geschlossen waren, gültig. Auch ist es bei den obwaltenden Verhältnissen im höchsten Grade wahrscheinlich, daß den Klostergeistlichen zu diesem Zwecke von ihren geistlichen Oberen pfarramtliche Befugnisse ertheilt waren. Bestand nun eine solche Einrichtung, so erklärt sich daraus, daß diese Geistlichen auch katholischen Vagabunden oder Fremden die Sacramente administrirten, da nach kanonischem Rechte

(c. 5. X. de paroch. c. 3. de Sepult. in VI to. Böhmer Princip. juris can. §. 144.)

der Pfarrer Fremden bei einem vorübergehenden Aufenthalte die Sacra, deren sie bedurften, zu reichen befugt war. Als solche Fremde ließen sich denn auch die Einwohner der Solmsischen Lande, da sie als Katholiken keinen parochus proprius hatten, betrachten.

Diesem Zustande der Dinge entspricht es auch, daß die Kirchenbücher sich gar nicht als die einer bestimmten Pfarre bezeichnen, sondern als liber ecclesiae praenobilium virginum Aldenbergensis, mit den Zusätzen:

nomina eorum, qui in ecclesia nostra Aldenbergensi baptizati — qui copulati — qui in coemeterio Aldenbergensi sepulti sunt.

überschrieben sind. Die fungirenden Geistlichen bezeichnen sich zwar einige Male (im Copulationsregister b. J. 1794, Sterberegister b. J. 1773) mit dem Titel pastor, jedoch nur mit dem Zusatze p. t. (pro tempore) was sich schon aus der ihnen gewordenen Mission zur Ausübung des Gottesdienstes und daraus erklärt, daß sie in dieser temporären Mission im evangelischen Lande die Qualification für diese Parochial-Geschäfte zu besitzen

Digitized by Google

glaubten. Daß diese Handlungen nicht heimlicher Weise ohne Wissen des Grafen v. Solms-Braunfels als Landesherrn vorgenommen wurden, ergibt sich zwar wenigstens bei einer Trauung daraus, daß bei derselben der Graf selbst nebst seiner Gemahlin und seinen Räthen Zeugenschaft geleistet hat. Allein dessen ungeachtet kann man daraus nicht auf das Bestehen einer selbstständigen Pfarre, welche dem Kloster blos incorporirt war und nach der Aufhebung desselben wieder aufleben konnte, schließen. Mit Recht macht der Verklagte darauf aufmerksam, daß es an einem wesentlichen Merkmale einer solchen, nämlich an einem bestimmten Sprengel völlig fehlen würde.

Das Pfarramt setzt, wie von allen Kirchenrechtslehrern anerkannt wird, eine bestimmte Gemeinde, welche in Betreff der Seelsorge und der Administration der Sacramente an dasselbe gewiesen ist, voraus. Es ist seiner Natur nach ausschließlich und begründet das Recht, anderen Geistlichen die pfarramtlichen Handlungen zu gestatten, oder zu untersagen, andere nicht zu der Gemeinde gehörigen Personen von der Theilnahme an den gottesdienstlichen Handlungen auszuschließen,

(c. 2. X. de paroch.)

es steht in Verbindung mit der Verpflichtung der Parochianen, sich wenigstens bei bestimmten sacramentalen Handlungen an ihn zu wenden, seine Dimissorialien, wenn sie sich dazu eines anderen Geistlichen bedienen wollen, einzuholen. Der Pfarrzwang ist das wesentliche und unterscheidende Merkmal einer wirklichen Parochie.

(Böhmer, jus eccles. prot. III. 37. §. 79).

Die Eigenschaft eines Parochianen wird durch den Wohnsitz bestimmt, es müssen also auch bestimmte geographische Grenzen vorhanden sein.

(Eichhorn, K. R. Bd. I. S. 644 ff. Böhmer, Princ. jur. can. §. 142).

Das Tridentinische Concil Sess. 24. cap. 13. spricht zwar von

civitatibus, vel locis, ubi parochiales ecclesiae certos

Digitized by Google

non habent fines, nec earum Rectores certum populum, quem regunt, sed promiscue petentibus sacramenta administrant,

und verordnet in diesem Falle, daß die Bischöfe die Parochien abtheilen und begrenzen sollen. Allein es setzt dabei offenbar nicht unbegrenzte Parochien, sondern nur innerhalb eines Orts oder einer Gegend, also innerhalb bestimmter Grenzen, eine gemeinschaftliche Berechtigung mehrerer Parochialkirchen voraus, welche aufhören soll. Von einer solchen, über die Grenzen des Klostergebiets hinausgehenden Begrenzung und ausschließlichen Berechtigung ergeben nun die Kirchenbücher keine Spur. Sie gestatten daher nicht den Schluß, daß das Kloster den Besitz eines Parochialrechtes ausgeübt habe und begründen folglich auch nicht die Annahme des angegriffenen Urtheils,

daß das Kloster über den Umfang der ihm durch den Toleranzvergleich vom Jahre 1558 eingeräumten Rechte hinaus, durch Besitz in unvordenklicher Zeit weitere Pfarrrechte erworben habe.

Auch die übrigen vom Verklagten beigebrachten Urkunden stehen mehr oder weniger einer solchen Annahme entgegen. Namentlich läßt es sich nicht wohl erklären, daß bei der Säcularisation des Klosters im Jahre 1803 die beiden daselbst stationirten Geistlichen in ihrer Klage gegen den Fürsten zu Solms sich immer blos als patres expositi darstellen, ohne die Existenz einer Pfarre zu behaupten.

Ebensowenig läßt aber auch die Eingabe der Meisterin des Convents und des Priors vom Jahre 1780, in welcher sie sich auf den Vergleich vom Jahre 1558 berufen und nur das jus episcopale des Erzbischofs von Trier über das Kloster und dessen Dienerschaft, Hofleute und Knechte behaupten, mit der angenommenen Ausdehnung der Rechte des Klosters vereinigen. Noch mehr aber ergibt die an die Meisterin gerichtete Verfügung des Consistorii vom 12. November 1789, wonach die Klostergeistlichen, wenn sie Kranke in Oberbiel besuchen wollen, sich bei dem

Digitized by Google

vortigen Pfarrer gebührend melden sollen, in Verbindung mit den Auszügen aus den Kirchenbüchern von Oberbiel, wonach diese vorgeschriebene Anzeige der Krankenbesuche in Oberbiel wirklich in den Jahren 1790 und 1792 erfolgt ist, daß die Klosterkirche auch in diesem, wie aus mehreren Anführungen der beigebrachten Urkunden zu entnehmen, benachbarten Orte nicht im Besitze des Pfarrrechts gewesen ist.

Der Annahme eines Erwerbes durch unvordenkliche Verjährung steht aber auch der Umstand entgegen, daß eine solche Verjährung immer nur Rechte, aber nicht Verpflichtungen des Klosters begründen könnte, und daß daher ein auf Grund solcher Verjährung an den Fürsten als Successor des Klosters gemachter Anspruch undenkbar ist.

Der vom Kläger angetretene Zeugenbeweis erscheint in jeder Beziehung unerheblich, indem er theils nur die auch schon aus den Urkunden hervorgehenden Thatsachen der Abhaltung des Gottesdienstes in Altenberg, theils Meinungen der Zeugen über die Pfarrqualität der Kirche, welche keinen objectiven rechtlichen Werth haben würden, theils unwesentliche Gegenstände, z. B. das Einläuten des Gottesdienstes mit fünf Glocken, die Existenz eines Taufsteines in der Kirche, (welche bei der erwiesenen Vornahme von Taufen keine weitere Bedeutung haben kann) betrifft.

Eben dasselbe gilt von der eventuellen Eidesdelation über dieselben Thatsachen.

Es bleibt daher nur übrig, zu untersuchen, inwiefern, abgesehen von einer durch Verjährung erworbenen Ausdehnung der Rechte der durch den Vergleich vom Jahre 1558 begründete kirchliche Zustand und die seitdem bis zur Besitznahme des Fürsten stattgehabte Ausübung der dadurch gewährten Rechte in Verbindung mit §. 63 des Reichsdeputationshauptschlusses die Klage stützen können.

Der §. 63 bestimmt:

„Die bisherige Religionsübung eines jeden Landes soll gegen Aufhebung und Kränkung aller Art geschützt sein, insbe-

Digitized by Google

sondere jeder Religion der Besitz und ungestörte Genuß ihres eigenthümlichen Kirchen-Gutes nach der Vorschrift des Westphälischen Friedens ungestört verbleiben."

Der Nachsatz dieses Paragraphen würde ohne Zweifel der Klage einer Kirche auf Herausgabe des ihr zugehörigen Kirchengutes zum Grunde gelegt werden können; denn das Kirchengut ist dadurch von der Ueberweisung des Eigenthums, welche durch den Reichsdeputationshauptschluß erfolgte, ausgenommen; es ist Eigenthum der Kirche geblieben, und kann von dieser vindizirt werden. Allein eine solche Klage liegt hier, da kein Kirchengut namhaft gemacht ist, welches der Verklagte in Besitz haben könnte, nicht vor. Es kann daher nur von der Anwendung des Vordersatzes die Rede sein. Dieser enthält aber offenbar keine privatrechtliche Bestimmung, sondern nur eine politische Verpflichtung des Landesherrn, und begründet daher keinen Anspruch, der gegen den Verklagten als Besitzer des Klostervermögens geltend gemacht werden könnte.

Wenn man daher auch annehmen wollte, daß (zwar nicht für Meisterin, Convent, Dienerschaft und Knechte des Klosters, da alle diese Personen nicht mehr existiren) wohl aber für die Hofleute katholischer Gottesdienst in der Kirche zu Altenberg zufolge der seit 1558 bestandenen Observanz bei der Besitzergreifung vom Jahre 1802 zu erhalten gewesen wäre, und der verklagte Fürst dazu die Verpflichtung gehabt habe, so würde dies doch nur von ihm in seiner damaligen Qualität als Landesherr, nicht in der als Successor des Klosters und Besitzer der Güter desselben, von der hier allein die Rede ist, gelten können.

Jedes etwaige Bedenken wird endlich dadurch beseitigt, daß man im Widerspruche mit dem Appellationsrichter, die vom Verklagten aufgestellte Einrede der Verjährung für begründet halten muß. Sie ist es zunächst schon als Extinctiv-Verjährung.

Durch die bald nach der Besitzergreifung des Klosters am 1. Dezember 1802, am 22. Februar 1803 erfolgte Ausweisung der Klostergeistlichen und die Einstellung des katholischen Gottes-

Digitized by Google

dienstes war, wie judex a quo ebenfalls annimmt, actio nata für den Kläger vorhanden, und ist von da an bis zur Anstellung der Klage, am 4. April 1849 der verjährungsmäßige Zeitraum von 40, und selbst (mit Hinzurechnung der Restitutionsfrist) von 44 Jahren längst abgelaufen. Judex a quo nimmt zwar an, daß diese Verjährung durch die seit 1804 und bis zum Jahre 1841 auf Kosten des Fürsten erfolgte Herstellung des katholischen Gottesdienstes unterbrochen sei, da durch dieselbe ungeachtet der wiederholten Protestationen und Verwahrungen des Fürsten gegen seine rechtliche Verpflichtung die die Klage begründende Rechtsverletzung und die Veranlassung, Klage zu erheben, fortgefallen. Allein diese Ansicht ist offenbar unrichtig. Die Handlungen des Verklagten würden nur dann eine Unterbrechung der Verjährung bilden, wenn sie eine Anerkennung des vom Kläger geltend gemachten Rechts enthielten. Da eine solche nicht erfolgt ist, da vielmehr der verklagte Fürst, indem er seine Leistungen als ein reines, in jedem Augenblicke widerrufliches Precarium darstellte, und diese Bezeichnung grade bei Gewährung dieser Leistungen den Vertretern der etwanigen Kirche zu Altenberg gegenüber aussprach, die Anerkennung eines Rechts derselben auf's Nachdrücklichste verweigerte; so blieb die Veranlassung zur Klage bestehen und die Verjährung hatte mithin ihren ununterbrochenen Verlauf.

(Unterholzner, Verjährungslehre, §. 262).

Wie wenig eine solche Anerkennung von Seiten des Fürsten in jener Wiedereinrichtung des Gottesdienstes enthalten war, ergeben am deutlichsten die eigenen Auslassungen der geistlichen Behörden. Der Bischof von Limburg erkennt in der dem ersten, der durch den Fürsten salarirten Geistlichen, dem Pater Heinemann, am 10. Mai 1804 ertheilten Kommende die Union der früher im Kloster zu Altenberg favore colonorum Parthenonis in vicinia habitantium bestandenen Parochie mit der evangelischen Pfarre zu Oberbiel, das Erlöschen jener Parochie, ihre Wiederbelebung durch den Fürsten ad revocationem usque ad-

Digitized by Google

drücklich an. Selbst das Schreiben des Bischofs zu Trier vom 26. Januar 1827, welches (übrigens bei Genehmigung der Vorschläge des Grafen) gewissermaßen Rechte der Altenberger Kirche zu behaupten beabsichtigt, stellt diese Behauptung nur dahin, daß die Klostergeistlichen die eigentliche Seelsorge für die Katholiken zu Altenberg und in der Umgegend ausgeübt hätten. Der damalige Bischof behauptet mithin nicht einmal, daß eine Pfarre bestanden habe, jedenfalls aber documentirt er durch diese seine Entgegnung gegen eine Aeußerung des Fürsten, in welcher derselbe den Gottesdienst in Altenberg als einen Privatdienst bezeichnet, daß er in den Handlungen des Fürsten eine Anerkennung der Pfarrqualität nicht annahm.

Ferner ist aber auch die Acquisitivverjährung als vollendet anzunehmen. Die in Anspruch genommene Verpflichtung des Verklagten wird als eine auf den Gütern des Klosters zu Altenberg lastende und mit demselben auf ihn übergegangene Reallast dargestellt. Sie ist daher nach den Regeln der Servituten zu behandeln,

(Eichhorn, D. Pr. R. §. 167.)

und kann durch usucopio libertatis aufgehoben werden. Indem der Fürst am 22. Februar 1803 den Gottesdienst einstellte, indem er demnächst ihn nur als ein precarium bewilligte, begann und behielt er den freien, durch jene Reallast nicht beschränkten Besitz.

(L. 32. §. 1. Vig. de servit. praed. urb. VIII. 2.)

Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur. Quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desicit, interpellata usucapio est. Is autem, qui postea eosdem aedes possidere coeperit, integro statuta tempore libertatem usucapiat. Natura servitutum enim ea est, ut possideri non possint: sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

Wobei auch, wenn man bona fides dazu für erforderlich

Digitized by Google

halten will, von Seiten des Klägers nichts beigebracht ist, was diese, die sonst den Umständen nach anzunehmen ist, in Zweifel setzte.

Wenn hiernach das Urtheil a quo rücksichts der unter № II, III und IV ausgesprochenen Verurtheilungen des Verklagten abgeändert werden und die Abweisung der Klage in diesen Beziehungen erfolgen muß, erscheint auch die Abänderung der Entscheidung ad VI des Urtheils, durch welche

> Kläger mit dem Antrage: zu erkennen, daß Verklagter schuldig sei, sich wegen des Pfarrgottesdienstes, der geistlichen Jurisdiction und des Patronats aller Attentate zu enthalten,

nur angebrachtermaßen abgewiesen ist, unbedenklich, und muß auch hier, da der Gegenstand der angeblichen Attentate fortfällt, die unbedingte Abweisung der Klage, überhaupt also die Wiederherstellung des ersten Urtheils erfolgen. Da hiernach der Kläger und Revise ausschließlich unterliegender Theil ist, so mußte auch in Betreff des Kostenpunkts, die Abänderung des Appellationsurtheils erfolgen und mußten ihm sämmtliche Kosten zur Last gelegt werden.

Ausgefertigt unter Siegel und Unterschrift des Königl. Ober-Tribunals.

Berlin, den 20. September 1853.

(L. S.) gez. Bornemann.

Digitized by Google

LXXXV.

Die Verfassung und Verwaltung des Preußischen Staates. Herausgegeben von Ludwig von Rönne, Kammer-Gerichts-Rath. — Die Landes-Kultur-Gesetzgebung des Preußischen Staates; eine systematisch geordnete Sammlung aller auf dieselbe Bezug habenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere der in der Gesetz-Sammlung für die Preußischen Staaten, in den von Kampzschen Annalen für die innere Staatsverwaltung, in den von Kampzschen Jahrbüchern für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, und in deren Fortsetzungen durch die Ministerial-Blätter, sowie in anderen Quellen-Sammlungen, enthaltenen Verordnungen und Reskripte, in ihrem organischen Zusammenhange mit der früheren Gesetzgebung, nebst einem historisch-kritischen und praktischen Kommentar über die betreffenden Gesetze, herausgegeben von Adolph Lette, Präsidenten des Re-

Digitized by Google

visions-Kollegiums für Landes-Kultur-Sachen und Ludwig v. Rönne, Kammergerichts-Rath. Erster Band, enthaltend die Sammlungen der Verordnungen und Reskripte. Lieferung I. und II. Bogen 1—25. 1854. Zweiter Band, enthaltend den Kommentar. Lieferung I. und II. Bogen 1—65. (Berlin bei Veit und Comp.) Preis: 6 Rthlr.

Recension
von
Sommer.

Ein wie wichtiges Werk dem Lande hier geboten wird, zeigen schon die oben wiedergegebenen Titel beider Bände. Je wichtiger die Gegenstände des Werkes sind — sie stellen die bald zum vollen Abschluß gekommene gesetzliche Umwandlung der Preußischen landwirtschaftlichen Verhältnisse dar, — desto nothwendiger war d. Sammlung u. Sichtung d. reichhaltigen Materials, welche d. vorliegende Schrift uns darbietet. Die Arbeit ist in berechtigte Hände gekommen; die Praxis kann sich zu einem solchen Werke Glück wünschen, in dem sich überall Theorie und Praxis durchdringen. Gesetzgebung, Geschichte, Doktrin, alles ist hier zu einem nützlichen Ganzen verquickt. Wir behalten uns beim Schlusse des ganzen Werkes vor, uns specieller darüber auszusprechen. Wir wollten nur jetzt darauf, als ein für die betreffenden Beamten und Rechtsfreunde unentbehrliches aufmerksam machen.

Digitized by Google

LXXXVI.

Einige Bemerkungen in Betreff des §. 52. Anhanges zum §. 484. Th. I. Tit. 16. A. L. R.

Abhandlung
von
Hrn. Kreisgerichts-Rath a. D. C. F. Pape in Memel.

Dieser § lautet:

„Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, so lange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen Andern abtreten.“

Als vor einem halben Jahrhundert dieser § in die landrechtliche Bestimmungen eingereihet wurde, fanden sich nach und nach verschiedene Ansichten von dem demselben zum Grunde liegenden Rechtsprinzip, welche Ansichten sich bis jetzt nicht haben vereinigen lassen. — Ein Versuch zur Ausgleichung dieser Mißstimmungen dürfte daher nicht unwillkommen erscheinen.

In dieser Hinsicht wird zuvor die etwas auffallende Frage erörtert werden,

ob das Wesentliche der erwähnten gesetzlichen Bestimmung nur in Hypotheken-Angelegenheiten, und nicht auch in Pfand-Ange-

Digitized by Google

legenheiten bei beweglichen Sachen in Anwendung kommen können?

Hierauf wird bemerkt:

Hypothek und Faustpfand sind Zweige eines Stammes, und es muß dem Pfandrechte gleich sein, ob das Object aus dieser oder jener Materie besteht, lebendig oder leblos, beweglich oder unbeweglich ist. Die gesetzliche Bestimmungen, welche auf Hypotheken passen, werden daher auch (abgesehen von Form-Verhältnissen) bei Faustpfändern geltend gemacht werden können; mithin wird sich auch schon annehmen lassen, daß die Vorschrift im §. 52. bei Faustpfändern statt findet, und nicht eine für Hypotheken ausschließlich ersonnene ist. — Durch das Auffassen des dem Pfandrechte zum Grunde liegenden Characters in vorbemerkter Art wird sich vielleicht so weit Aufklärung schaffen lassen, daß die in dieser Hinsicht entstandenen Streitfragen sehr leicht beseitigt werden dürften.

Bisher wurde in Betreff des §. 52. angenommen, daß der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf demselben eingetragene Forderung erwerbe, das Eigenthum der letzteren erlange, und die eingetragene Forderung unter diesen Umständen gewissermaßen als am eingetragenen Instrumente anklebend gedacht werde. Der Eigenthümer des Grundstücks sei als creditor hypothecarius Eigenthümer der Realforderung, so wie er Eigenthümer von Pfandbriefen sein könne, welche auf seinem Gute ausgefertigt wären. Er dürfe daher frei verfügen, und zwar über die Hypothekenrechte, da sie auf einen bestimmten Inhaber lauten, durch Cession; über seine Pfandbriefe, als auf jeden Inhaber lautend, ohne Cession. — Auch wurde das Hypothekenrecht als ein selbstständiges Recht betrachtet, welchem gemäß der Eigenthümer des Grundstücks, dem eine auf letzteres eingetragene Hypothekenforderung auf irgend eine Weise zufalle, die Disposition über den frei gewordenen locus, als eine Disposition erlange, die unabhängig sei von der Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden. Die Hypothek des Eigenthümers wurde auch als eine Form für

Digitized by Google

einen Ausfluß seines Eigenthumsrechts angesehen, und der Werth der Sache als der eigentliche juristische Gegenstand des preußischen Pfandrechts. Bald nahm man auch wieder an, daß die persönliche Hauptverbindlichkeit und das accessorische Recht fortdauere, indem ein Hypothekenrecht ohne eine damit verbundene Forderung nach unserem Rechte eine ganz unzulässige Fiction sein würde. Es wurde angenommen, daß der Gesetzgeber dem Rechte des zahlenden Eigenthümers zwar den Namen der Hypothek beilege, indessen ein wirkliches Hypothekenrecht nicht willkürlich habe schaffen können, da er die Natur der Dinge zu ändern nicht im Stande wäre.

Bei diesen verschiedenen Ansichten konnte man sich auch schon vor mehreren Jahren mit Recht dahin äußern, daß die Begriffe ins Schwanken gestellt wären, und man sagen könnte, daß eine Art babylonischer Sprachverwirrung herrsche. —

Um sich den Inhalt des §. 52. deutlich darzustellen, ist Folgendes in Betracht zu ziehen.

Pfandobjecte sind entweder

a) solche, welche dem Pfandberechtigten in körperlichem Gewahrsam gegeben werden, wie dieses bei beweglichen Sachen gemeinhin statt findet, — oder

b) solche, die unter Obhut eines Dritten gestellt werden, welcher für beide Interessenten (Eigenthümer oder Pfandberechtigten) die Gerechtsame zu sichern sich verpflichtet hat. Dieses kann sowohl bei beweglichen, als auch bei unbeweglichen Sachen veranlaßt werden. Bei beweglichen Sachen müssen die Interessenten selbst das Uebereinkommen dahin treffen, wem diese Sachen zur Obhut übergeben werden sollen; bei unbeweglichen Sachen ist ein für allemal der Hypothekenrichter vom Gesetze bestellt, um diese Funktion zu übernehmen.

Es können demzufolge nicht bloß bei unbeweglichen, sondern auch bei beweglichen Sachen nicht nur einem Gläubiger, sondern verschiedenen Gläubigern Pfandrechte eingeräumt, und eben so auch nicht bloß bei der einen Art von Pfandobjecten, sondern

Digitized by Google

auch bei der andern Art Cessionen auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Eigenthümers der Sache vorgenommen werden. Der Depositar der beweglichen Pfandstücke tritt in ein gleiches Verhältniß zu den Interessenten, als in welchem der Hypothekenrichter steht. Zwar sagt der §. 127. Th. I. Tit. 20. All. L. R.:

„Ohne ausdrückliche Einwilligung des Verpfänders ist der Pfandinhaber die ihm verpfändete bewegliche Sache weiter zu versetzen nicht befugt,"

indessen ist nicht zu übersehen, daß in diesem §, so wie in den §§. 128 bis 132, 135 und 162 nur von „versetzen" „Versatz" (also von Einräumung eines dinglichen Rechts unter Veränderung des Verwahrungsorts in Betreff des Pfandstücks) die Rede ist, und der Inhaber der beweglichen Sachen, welche ihm in körperlichen Gewahrsam gegeben sind, nicht befugt ist, sie zu einem Dritten in Verwahrung zu bringen und sie zu verpfänden. Wenn aber der Schuldner zu dem Gläubiger sich in einer solchen Stellung befindet, wie bei b. angegeben ist, so steht ihm kein Hinderniß zum weitern Verpfänden entgegen. Der Gesetzgeber hat die Wortr „Versatz, versetzen" nicht zufällig, sondern wohlbedächtig gebraucht. —

Um das Wesen der bei der Verpfändung vorkommenden Erscheinungen würdigen und die rechtliche Qualität der Interessenten ersehen zu können, hat man nur die dabei vorkommenden Operationen in Betracht zu ziehen und wird in dieser Hinsicht bemerkt. Wenn das Pfandverhältniß aufgehoben werden soll, so hat

1) in persönlicher Hinsicht — der Schuldner dem Gläubiger die Schuld zu berichtigen, worauf die Verpflichtung des Ersteren, und das Recht des Letzteren aufgehoben ist.
2) In dinglicher Hinsicht — tritt dagegen ein umgekehrtes Verhältniß ein, indem der befriedigte Gläubiger seine Verpflichtung zu erfüllen hat, alsdann das Recht des gewesenen Schuldners aufhört.

Digitized by Google

Die Verpflichtung des gewesenen Gläubigers besteht in Rückgewähr dessen, was er von dem Schuldner erhalten hat, also

a) bei dem Faustpfande — in Rückgabe der Sache mit dem damit verwebten Rechte, über die Sache Disposition von einem bestimmten Umfange zu treffen, von welchem Rechte der Gläubiger keinen Gebrauch gemacht hat,

b) bei dem Pfande in Betreff der unter Obhut und in den Besitz eines Dritten gestellten beweglichen Sache — nur in der Erklärung des Gläubigers, daß er von dem ihm eingeräumten Rechte keinen Gebrauch machen wolle, und daß der Schuldner die Befugniß habe, die Sache in Besitz zu nehmen.

Es fragt sich nun, ob durch diese von dem Gläubiger abgegebene Erklärung eine Confusion der Rechte entstanden sei. Die Requisite derselben sind im Th. I. Tit. 16. §. 476. und in den folgenden angegeben, und erscheinen zureichend für das Rechtsverhältniß, wenngleich das Gutachten der Gesetz-Commission vom 10. Juli 1802 die Meinung ausspricht, daß in diesen Vorschriften eine durch Irrung entstandene Vermischung der subjectiv- und objectiv-dinglichen Rechte herrsche, oder, wenn eine solche Irrung nicht zugestanden würde, doch angenommen werden müsse, daß das Landrecht in Ansehung der Confusion von solchen Rechten auf die Sache, welche nicht in Beziehung auf das Subject, dem sie zukommen, dinglich, sondern subjectiv bloß persönlich sind, (Hypothekenrechten bei Schuldposten) nichts entscheide. — Hierauf ist zu bemerken, daß es hinsichts des bezüglichen Rechtsverhältnisses in Betreff der Personen und Sachen zwei Klassen gibt,

a) Rechtsverhältnisse zwischen Personen und Personen, von welchen die eine von beiden entweder als Berechtigte oder als Verpflichtete anzunehmen ist; von diesen handelt der §. 476.

b) Rechtsverhältnisse zwischen Personen und Sachen, von welchen ebenfalls die eine von beiden als berechtigt oder als verpflichtet erscheint.

Digitized by Google

Von diesen ist nun entweder

aa. das Object dinglich, — worüber der §. 482 die erforderliche Vorschrift enthält, oder es ist

bb. das Subject dinglich, — wovon der §. 483 handelt.

Wenn das Object dinglich ist, — so ist das berechtigte Subject

1) bloß persönlich berechtigt, — oder

2) als Eigenthümer einer Sache berechtigt.

Es mag indessen der Berechtigte in einer oder in der anderen Qualität auftreten, so kann er die Consolidation herbeiführen, wenn er Eigenthümer der belasteten Sache wird, wogegen dieser die Consolidation bewirkt, wenn er das Eigenthum der berechtigten Sache erwirbt. — Darüber fehlt jedoch in dem §. 482 die Bestimmung, wie es bleibt, wenn der belastete Eigenthümer die Rechte des bloß persönlich Berechtigten, (z. B. des Hypothekengläubigers) erwirbt. Eine solche Bestimmung ist indessen an dieser Stelle auch übrig, und schon durch den §. 476 erledigt, indem der belastete Eigenthümer der Sache für seine Person die Forderung des persönlich Berechtigten überkommt, und sodann an sein belastetes Grundstück nichts zu leisten hat. Es ist also hier nur von Personen gegen Personen die Rede, worüber sich der allegirte §. ausgesprochen hat.

Wenn das Subject dinglich ist, so ist das verpflichtete Object

a. bloß persönlich verpflichtet, — oder

b. als Eigenthümer einer Sache verpflichtet.

Im ersteren Falle tritt die Consolidation ein, wenn der bloß persönlich Verpflichtete das Eigenthum der berechtigten Sache erwirbt, auch wenn er in den Besitz der Sache gelangt. — Von Seiten des Berechtigten wird die Confusion bewirkt, wenn dieser die Verbindlichkeit des bloß persönlich Verpflichteten überkommt (§. 483). Für den Fall, wenn der Eigenthümer der verpflichteten Sache das Eigenthum der berechtigten Sache erwirbt, ist schon die Bestimmung im §. 482 erfolgt. —

Digitized by Google

Hiernach wird man dem Gutachten der Gesetzcommission nicht beitreten können, indem sich die vermeinte irrthümliche Vermischung der subjectiv und objectiv dinglichen Rechte nicht entdecken läßt; auch wird die rechtliche Bestimmung, welche man für jeden Fall sucht, in den bezeichneten §§. nicht vermißt. —

Das Pfandrecht besteht in Beschränkung des in einer Sache enthaltenen Eigenthumsrechts, ist ideell getrennt, und es wird (vom Depositar oder Richter) das erstere für den Gläubiger, das letztere für den Schuldner bewahrt. Ist der Pfandbesteller zugleich persönlicher Schuldner, so stehen dem Gläubiger zwei correi debendi gegenüber, eine belastete Person und eine belastete Sache. Gibt der Gläubiger das Pfandrecht auf, so bleibt es sich gleich, in welcher Art er seine Willensmeinung ausdrückt. Ob er erklärt, daß er von dem Pfandrechte keinen Gebrauch machen wolle, oder daß seine Forderung gänzlich berichtigt sei, oder daß er dem ihm zugestandenem Rechte entsage, oder das Object der Pfandbelastung frei lasse, oder dem Schuldner das ihm überwiesene Recht zurückgewähre, cedire, ist von keinem wesentlichen Einflusse unter Interessenten. Eine Cession ist also nicht nöthig, sondern nur entsagte Theilnahme an dem Pfandverbande nothwendig.

Nach Ausscheidung des Gläubigers bleibt das Verhältniß des Schuldners zwischen seinem Eigenthum und dem noch getrennt bestehenden Pfandrechte zu reguliren. Von dem Schuldner kann nun bestimmt werden, daß

1) das Pfand mit dem Eigenthum vereinigt werden solle (durch Zurücknahme des ganzen Objects, — bei Hypotheken durch Löschung), — oder daß
2) das Pfandmateriale (Pfandrecht) noch getrennt bleiben müsse (weil er vor der dem gewesenen Gläubiger zu Theil gewordenen Befriedigung einem Dritten dieses Pfandrecht eingeräumt hat), — oder daß
3) das Getrenntsein einstweilen unter Obhut des Depositars noch fortbestehen solle.

Der Eigenthümer kann von seiner freigewesenen und frei-

Digitized by Google

gebliebenen Sache einem Anderen Pfand bestellen (geben) indem in dieser Hinsicht der Depositar nur sein Mandatar ist. In Betreff des verpfändet gewesenen, freigewordenen, jedoch noch fremdgebliebenen Theils im Eigenthume ist dieses nicht angänglich, da die bestandene Schranke noch nicht weggeräumt und der Depositar, als Mandatar des Gläubigers, noch mit Anweisung zuerst darüber zu versehen ist, ob er das Pfandmaterial für den Eigenthümer, oder für einen Dritten in Besitz zu nehmen habe. Es kann daher der Eigenthümer nicht über diesen Theil der Sache, sondern nur über das Recht zur Sache verfügen, also nur ein Pfandrecht einem Dritten einräumen (cediren). —

Bei der aus dem §. 52 sich herschreibenden und von dem Sacheigenthümer zu veranlassenden Cession könnte man sagen, daß der Gläubiger von dem Grundstücke gesucht würde, — dagegen bei anderen Cessionen umgekehrt, daß das Grundstück von dem Gläubiger gesucht würde. —

Das, was in Betreff der bei einem Depositar befindlichen beweglichen Pfandstücke angeführt ist, findet eben so gut auch bei unbeweglichen Anwendung.

Das Pfandrecht bei unbeweglichen Sachen hat seine Bildung nicht in den im Hypothekenbuche zu machenden Einschreibungen, sondern, wie bei den dem Depositar übergebenen beweglichen Pfandstücken, in dem zwischen drei Personen (Pfandgeber, Pfandberechtigter und Depositar) geschlossenem und vollzogenem Vereine zu suchen, welcher durch eine zusammengefaßte, oder durch eine separate Erklärung der Interessenten nachzuweisen ist, bei Hypotheken tritt das Letztere ein, indem von den beiden Interessenten, Gläubiger und Schuldner, durch Dokumente dem Richter ihr Antrag bekannt gemacht, und von diesem ihnen die erlangte Kenntnißnahme nebst übernommener Verpflichtung zur Ueberwachung des Verhältnisses durch Zurückgabe der mit einem Vermerk versehenen Dokumente (oder auch nur durch einen Vermerk im Hypothekenbuche) notificirt wird.

Es entsteht also ein wirklich dingliches Recht (§§. 7,

Digitized by Google

8, 411 Tit. 20) nur durch die Uebergabe der körperlichen Sache, oder durch Intabulation in das bezügliche Buch, — und aufhören kann ein dingliches Recht wirklich nur durch Zurückgabe der Sache oder Extabulation aus dem Buche. —

Die Confusion der Rechtsverhältnisse verlangt, was auch in den §§. 476, 482 Tit. 16 ausgedrückt ist,

a. Zusammentreffen der Rechte und Verbindlichkeiten in persönlichen Rechtsangelegenheiten, — (wörtliche Erklärung, Acceptation). Der Eigenthümer wird Rechtsgebieter; das Verhältniß wird Rechts-Confusion.

b. Ueberkommen der Sache mit dem Rechte in dinglichen Rechtsangelegenheiten. (Thatsächliches). Der Eigenthümer wird Sachgebieter; das Verhältniß wird Sach-Consolidation.

Diese Bestimmungen geben also deutlich zu erkennen, daß

1) ein Pfandberechtigter, welcher bewegliche Pfandstücke in seinen Gewahrsam erhalten hat, die Consolidation eintreten lassen muß, wenn er z. B. durch Erbschaft in die Stelle des Eigenthümers tritt; denn Recht und Verbindlichkeit sind in seiner Person zusammengetroffen, und das Eigenthum der Sache hat er auch überkommen, nicht erst jetzt, sondern schon früher.

2) Wenn dagegen der Eigenthümer der Pfandstücke den Pfandinhaber beerbt, so sind Verbindlichkeit und Recht ebenfalls zusammengetroffen, indessen ist noch keine Consolidation erfolgt; denn die Sache ist noch im Bereich eines Andern, und noch nicht überkommen. Dieses letztere Verhältniß tritt aber auch ein, wenn die Sache von den beiden Interessenten unter Obhut eines Depositars gestellt ist. Soll dies Pfandmaterial in das Eigenthumsgebiet des Pfandbestellers zurückgehen, so muß entweder der Eigenthümer selbst das ganze Object in seinen Gewahrsam nehmen, oder den Depositar (Mandatar des Gläubigers) zu einem Mandatar umschaffen.

Digitized by Google

Hieraus ergibt sich, daß der §. 52 nichts Neues sagt, sondern nur das, was aus dem Inhalte der vorerwähnten §§. ungezwungen hervorgeht. Er ist also keine anomale, sondern eine aus dem Wesen der pfandrechtlichen Verhältnisse und der Consolidation ganz consequent hergeleitete Vorschrift; macht nur bemerkbar, daß auch in Hypothekensachen eine Rechtsvereinigung noch keine Sachvereinigung ist, und ist nur zur Vorbeugung von Bedenklichkeiten, gleichsam als Beispiel, hingestellt.

Wenn dieser §. 52 ganz richtig sagt:

„Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben,"

so kann man mit Weglassung der Negation „nicht" eben so richtig den Satz dahin aufstellen:

„Hypotheken werden (wirklich) durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben."

Der Unterschied zwischen diesem und dem vorigen Satze liegt nur darin, daß in dem ersteren von Hypothekenrechten, — in dem letzteren aber von Hypotheken (Sachen und Rechten) gesprochen ist.

Es können also

a. vor erfolgter Consolidation — Rechte in Betreff der Sache cedirt werden, — dagegen findet

b. nach eingetretener Consolidation — nur eine neue Verausgabung der Sache mit neuer Bestellung von Rechten darauf statt.

Durch die von dem Grundbesitzer veranlaßte Cession der abgelöseten Pfandverpflichtung erscheint derselbe keinesweges als creditor hypothecarius, sondern als debitor hypothecarius; er hat, wie jeder andere Cedent, von einer Sache nur Pfandrechte angeboten, um z. B. beim Darlehn Geld zu erhalten; der eine seine Sache, — der andere eine fremde.

Bei dinglichen Rechten gilt das Recht ohne Ansehen der

Digitized by Google

Person, und es kommt bei der Cession in keinen Betracht, ob sie von demjenigen, oder an denjenigen erfolgt, welcher früher Eigenthümer der Sache gewesen, oder welcher es jetzt ist, oder welcher es künftig sein wird; nur ist es es, wie schon bemerkt, nach der Natur der pfandrechtlichen Verhältnisse und der vorerwähnten gesetzlichen Bestimmungen ein ausdrückliches Erforderniß, daß die Sache in dem körperlichen oder in dem intellectuellen Gewahrsam eines Dritten und nicht des Eigenthümers sein muß.

Der Pfandgläubiger kann in seinen Rechtsverbindungen mit dem Eigenthümer der Sache über sein Recht der Forderung eine besondere Verfügung treffen, und über sein Recht zum Pfande eine andere. Er kann also dem Pfandrechte entsagen, dem Grundbesitzer solches abtreten, und sich nur sein persönliches Recht vorbehalten. In einem solchen Falle können daher auch zwei verschiedene Cessionen veranlaßt werden, indem von Seiten des Gläubigers die persönliche Forderung einem Dritten cedirt, und auf der anderen Seite von dem Eigenthümer der Sache das Pfandrecht einem Dritten überlassen werden kann. Bei dieser Operation kann der gewesene Gläubiger dem Eigenthümer der Sache das dingliche Recht gegen Vergütigung, oder ohne diese abtreten.

Bei Berücksichtigung des §. 52 wird es nicht unzweckmäßig sein, wenn man die Belastung des Grundstücks mehr hervorhebt, als die Berechtigung der Person, indem auch Rubr. III der Hypothekentabelle eigentlich nur ein Lastenregister ist. Man denke sich die Fassung in der Art:

„Dieses Grundstück hat folgende Lasten zu tragen:

„1000 Thlr. für den A., welche dieser von dem Grundbesitzer „B. als rückständiges Kaufgeld zu fordern hat. Nach der „Erklärung des A. soll das Grundstück diese Last nicht mehr „tragen, — und Grundbesitzer B. hat bestimmt, daß das „Grundstück eine solche Last für C tragen solle (oder für den, „welchen er noch später als Berechtigten bezeichnen wird)."

Hierbei kann man zugleich die Fassung des Vermerks in der Hypothekentabelle in Erwägung ziehen, wenn der Gläubiger

Digitized by Google

sich nur persönlichen Anspruch wegen seiner Forderung vorbehält, von Seiten des Grundbesitzers aber noch keine Erklärung über die Disposition in Betreff der dinglichen Verpflichtung abgegeben ist. Beide können verlangen, daß dieserhalb das Erforderliche im Hypothekenbuche vermerkt werde. Da dieses jedoch keine besondere Rubrik dazu hat, so würde in Colonne „Cessionen" zu registriren sein, daß Gläubiger dem Pfandrechte entsagt (cedirt), der Grundbesitzer aber noch weiter keine Disposition verlautbaret habe. Ist ein Schuldbokument über die Post vorhanden, so versteht es sich, daß auch darauf ein Vermerk erfolgen muß. Das Hypothekenbokument wird in den Händen des Grundbesitzers (Schuldners) zu belassen sein, da es symbolisches Pfandstück ist; Gläubiger erhält vidimirte Abschrift. (Doch mag auch das Umgekehrte stattfinden).

Es dürfte auch hinsichts der Decl. vom 3. April 1824 eine Aufklärung nicht als ganz übrig erscheinen. Diese sagt,

daß der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf demselben hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt, und die Forderung in dem Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek genießen solle, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Cession oder nur eine Quittung ertheilt worden ist, indem für diesen Fall die bloße Quittung so ausgelegt werden solle, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten sei. Wenn gleich Quittung und Cession zwei verschiedene Begriffsbestimmungen enthalten, so sind sie doch in dem erwähnten Falle von gleich rechtlicher Wirkung, indem in den Erklärungen des befriedigten Gläubigers ebenfalls die Cession sich herausstellt; denn es hat

1) der Gläubiger (zwischen dem Schuldner und dem Depositar gestellt) in Bezug auf den Schuldner (Eigenthümer der Sache) zu bezeugen, daß er von diesem befriedigt sei, also nichts zu fordern habe: mithin hat

Digitized by Google

er Quittung zu ertheilen. Dieses würde zum Ordnen der pfandrechtlichen Verhältnisse noch nicht ausreichend erscheinen, sondern es würde der Gläubiger auch

2) an den Depositar (welcher das Pfandstück für beide Interessenten unter Obhut hat), eine Bekanntmachung dahin erlassen müssen, daß sein Pfandrecht aufgehört und der Sacheigenthümer jetzt wieder alle die Rechte hätte, welche er, Gläubiger, vorher gehabt, daher auch von dem Eigenthümer weiter verfügt und von demselben die Sache in Besitz genommen werden könnte.

Hierin liegt die Cession für den Pfandgeber, wenngleich nicht ihm, sondern dem Depositar dieser Schein zugestellt ist. — Aber wenn man auch hierin nicht das Wesen der Cession finden wollte, so ist durch die dem Schuldner ertheilte Quittung dargethan, daß der Gläubiger befriedigt sei, und es ist, — da der Depositar nur für zwei Personen Rechte zu sichern übernommen hat — die untrügliche Schlußfolge, daß der bisher eingeschränkte Eigenthümer jetzt uneingeschränkter Eigenthümer, also Disponent über das Ganze, mithin auch Gebieter über das nicht zur Ausübung gekommene Pfandrecht ist.

Aber nicht allein durch Quittung über die Forderung, sondern auch durch Entsagung des Rechts wird das erreicht, was die Cession bezweckt. — In einer förmlichen Cession an den Eigenthümer der Sache erscheinen nur die bei 1 und 2 separat abgegebenen Erklärungen zusammengefaßt. —

Hinsichts folgender aus dem §. 52 hervorgegangener Streitfragen, über welche Fragen noch Differenzen schweben, wird Nachstehendes bemerkt:

1. Erlangt der Eigenthümer bloß durch Zahlung oder durch jeden anderen modus solvendi die Rechte des Cessionars?

2. Fällt die durch das Ausscheiden eines ungültigen Intabulats eröffnete Stelle dem Eigenthümer des Grundstücks zur Disposition anheim?

Die Beantwortung beider Fragen wird sich aus dem Vor-

Digitized by Google

getragenen ergeben. Der Eigenthümer verlangt keine ihm früher nicht zugehörige Forderung cedirt, sondern nur Befreiung von einer dinglichen Last und Befugniß zur Zurücknahme des Pfandstücks. Die Eigenschaft der persönlichen Forderung (gültiger oder ungültiger Rechtsgrund) kommt hier in keinen Betracht.

3. Erhält der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher seinem Hypothekengläubiger das eingereichte Kapital nur theilweise berichtigt, gleiche Priorität in der Hypothek, oder geht der Gläubiger mit dem Reste seiner Forderung dem Eigenthümer vor?

Hierauf wird bemerkt:

Das Königl. Obertribunal hat sich für gleiche Priorität entschieden, indessen findet man noch eine entgegengesetzte Ansicht, welche einen solchen Ausspruch als eine jedem Rechtsgefühl widerstrebenden hält. — In dieser Hinsicht ist anzuführen.

a. Die vorgelegte Frage kann auch bei dem Faustpfande aufgeworfen werden, und ist alsdann zu berücksichtigen, ob

1) die beweglichen Pfandstücke mit der beigefügten Taxe nicht als ein Ganzes, sondern als gesonderte Vermögensstücke dem Gläubiger übergeben, — oder ob sie
2) als ein Ganzes anzusehen sind.

Im ersteren Falle läßt sich durch Absonderung der Pfandstücke die Theilung des Rechts darstellen, und die Verbindung zwischen Pfandgeber und Pfandberechtigten sichtbar trennen. Im anderen Falle, und auch bei unbeweglichen Sachen ist eine Sonderung nicht ausführbar.

Will der Eigenthümer der Sache durch theilweise Bezahlung der Pfandschuld das conventionelle Verhältniß eigenbeliebig ändern, und einen Theil der Pfandstücke ausgeliefert haben, so verlangt er Austritt aus dem dinglichen Verbande, und es muß der Gläubiger sich dieses gefallen lassen. Dagegen muß aber der Schuldner sich auch gefallen lassen, daß der Gläubiger die Rechte beansprucht, welche das Gesetz jedem anderen Gläubiger zugesteht, — moratorienmäßige Sicherheit, und ist auch der

Digitized by Google

Anspruch auf eine solche Sicherheit unter der im §. 176 Tit. 20 enthaltenen näheren Bestimmung als rechtlich begründet anerkannt.

Bei unbeweglichen und den dem Depositar zur Obhut gegebenen beweglichen Sachen, die ein Ganzes bilden, wird durch theilweise Bezahlung der Schuld keine Ausscheidung aus dem Verbande, sondern Eintritt in denselben, Theilnahme an dem Ganzen, also ein Social-Verhältniß verlangt, und müssen alsdann die in dieser Hinsicht gegebenen gesetzlichen Bestimmungen Th. I. Tit. 17. in Anwendung kommen, nach welchen von den Theilnehmern Vortheile und Nachtheile verhältnißmäßig zu tragen sind. — Es kann daher auch einem Gläubiger, welcher dem Grundbesitzer über eine theilweise erhaltene Zahlung der eingetragenen Forderung zu quittiren hat, nicht gestattet werden, in die auszustellende Quittung rechtsgültig den Vorbehalt zu setzen, daß seine unbezahlte Restforderung künftig den Vorzug vor der durch die Zahlung auf den Schuldner übergegangenen Antheilsforderung verbleibe, — welchen Vorbehalt das Königl. Obertribunal in einem Urtheile von 1846 für nicht unzuläßig erachtet.

Ist indessen durch Zufall, durch Zuthun des Schuldners und andere gesetzlich bezeichneten Umstände die Sicherheit der Pfandforderung gemindert, so mag der Gläubiger in Ermangelung eines anderen Gegenstandes Ansprüche auf Priorität machen, wenn er diese als Ergänzung der verminderten Sicherheit in Vorschlag bringt.

Auf den Umstand, ob der Gläubiger dem Grundbesitzer über die theilweise Berichtigung seiner Forderung nur quittirt oder eine Cession verlautbaret hat, kann es in dem vorliegenden Falle nicht ankommen, da hier Quittung und Cession, — wie schon vorher gezeigt worden — gleichrechtliche Wirkung haben, obgleich beide Ausdrücke verschiedene Begriffe in sich fassen.

b. Der §. 22. Tit. 20. bestimmt aber ausdrücklich, daß derjenige, welcher eine durch Pfand oder Hypothek bestellte Sicherheit einmal angenommen hat, sich damit bis zur Zahlungszeit begnügen müsse. Diese Vorschrift ist allgemein, und kann

Digitized by Google

es nicht darauf ankommen, ob der Gläubiger wegen der ganzen Forderung oder eines Theils derselben ein Vorrecht gegen den Schuldner erringen will.

c. Würde hinsichts der erfolgten Partialzahlung ein Zweigdocument ausgefertigt sein, ohne der Priorität darin zu erwähnen hierauf dieses vermittelst verschiedener Cessionen mehrere Eigenthümer gehabt haben, so würde aus den Dokumenten vielleicht nicht zu entnehmen sein, daß der Zahler früher Eigenthümer des Grundstücks gewesen, und die Abtretung cessio claudicans sei. Um das Publikum vor Mißgriffen zu sichern, würde man es nicht möglich zu machen wissen, bei dem im Umlaufe befindlichen Dokumenten die hypothekarische Zurücksetzung im Werthe zu veröffentlichen.

4. Tritt die K. Ord. vom 3. April 1824 auch dann ein, wenn nicht der Gutsbesitzer, sondern der von ihm verschiedene persönliche Schuldner, insbesondere der frühere Eigenthümer, der die Schuld contrahirt hat, die Schuld bezahlt?

Eine Zahlung, ohne weitere Angabe, für wen gezahlt wird, und ohne Bestimmung, wie es mit den Pfandstücken, (bei Hypotheken mit den Schulddokumenten, oder wenn keine ausgefertigt sind, mit dem Rechte auf Verfügung über die Intabulations-Note) verbleiben solle, dürfte wohl so leicht nicht vorkommen. Ist indessen eine solche Zahlung angenommen, so kann der Gläubiger dem Depositar nur anzeigen, daß er befriedigt sei und er aus dem Verbande ausscheide. In Betreff der Pfandstücke muß noch besonders verhandelt werden; das vom Gläubiger ausgestellte Empfangsbekenntniß über das ihm gezahlte Geld berührt das hypothekarische Verhältniß gar nicht, und kann als Cession nicht gelten.

5. Kann im Fall der Concurs-Eröffnung eine Hypothek ex §. 52. von der Communm. sse gegen die Immobiliarmasse zur dritten Klasse liquidirt werden?

Nach der hier vorgetragenen Ansicht ist jetzt die Frage unverständlich; denn es ist nichts da, was liquidirt werden könnte. Es kann z. B. bei gewesenen Darlehnsposten nur gefragt wer-

Digitized by Google.

den, ob Jemand gegen Ueberweisung von Pfandrechten Geld leihen wolle.*)

6. Kann der Eigenthümer eine Hypothek auf seinen Namen eintragen lassen.? und hat der Eigenthümer das Recht, die von ihm berichtigte Post auf seinen Namen intabuliren zu lassen?

Da man früher annahm, daß der Eigenthümer der Sache zugleich Hypothekengläubiger sein könne, so wurden die Fragen auch bejahend beantwortet. Jetzt wird man sie aus den bereits vorgetragenen Gründen verneinen müssen. Denn es läßt sich (abgesehen von dem Umstande, daß der von dem Eigenthümer beabsichtigte Zweck dieser Operation nicht ersichtlich ist) Gläubiger und Schuldner in einer Person, sowie dingliche Schuld und Forderung in einer Sache in rechtlicher Beziehung nicht denken.

Die im Rescripte vom 22. Dezbr. 1840 (Just. Min. Bl. Seite 27) für den daselbst bemerkten Fall entworfene Eintragungs-Formel ist dem pfandrechtlichen Character nicht entsprechend. Sie lautet

„2500 Thlr. nebst 4 p. Cent jährlich in den Terminen, Johannes, Weihnachten, zu entrichtenden Zinsen, welche letztere der verehelichten H..., als eine derselben ausgesetzte Pension von 100 Thlr. jährlich auf die Dauer ihrer Lebenszeit zustehen. — Eingetragen auf Grund der notariellen Erklärung des Besitzers vom 9. Oktbr. 1840 mit dem Bemerken, daß das Kapital Eigenthum des N.... verbleibt."

Die beiden in dieser Formel befindlichen Positionen stehen nicht in der geringsten Beziehung; denn ob für die H... 2500 Thlr. oder eine höhere oder geringere Kapitalssumme eingetragen wird, bleibt sich gleich. Es soll die H... nur eine jährliche Pension von 100 Thlr. in zwei bestimmten Terminen erhalten, und dafür das Grundstück verpfändet sein. Wenn also nur dieses eingetragen wird, ist eine solche Intabulation für das Rechts-

*) Was soll aber mit der fraglichen ungelöschten Stelle geschehen? Sie ist doch ein Vermögensstück des Cridars. Sommer.

Digitized by Google

verhältniß vollkommen zureichend; das Uebrige kann ganz wegbleiben.

Was die von einigen Juristen aufgestellte Ansicht betrifft, daß es dem Eigenthümer, wenn auch für ihn eine Hypothekenforderung auf sein Grundstück nicht eingetragen werden könne, doch erlaubt sein müsse, einen Vorbehalt hinsichts künftiger Ausstellung einer Obligation vermerken zu lassen, so dürfte auch dieses dem Hypothekenrechte nicht gemäß sein. Es ist ein solcher Antrag auf Intabulation des Vorbehalts eines Rechts für den Fall einer künftigen Veräußerung eines Rechts an einen Dritten (ohne Angabe einer besonderen Veranlassung) unstatthaft, — und bei Eintritt einer solchen Veräußerung unnöthig. Denn der Vorbehalt für den Eigenthümer (eigentlich Protestation) liegt schon in dem Besitze seines Eigenthumsrechts, und würde es auffallend und unnütz sein, wenn der Eigenthümer z. B. Vermerke dahin eingetragen haben wollte, daß er sich bei einem dereinstigen Verkaufe des Grundstücks eine Wiese, — oder bei einem Tausche ein Nutzungsrecht, oder bei einer dereinstigen Verpfändung das Recht vorbehalte, einem Dritten das Grundstück für ein Darlehn von einer bestimmten Höhe mit dem Vorrechte vor einem andern Gläubiger zu verpfänden. Mit solchen Anträgen muß der Eigenthümer zurückgewiesen werden; denn er kann ohne Hinderniß bei Veräußerung von Sachen und Rechten den anderen Contrahenten die Sache oder das Recht ohne alle Beschränkung, oder mit einer größeren oder geringeren überlassen, und ihm die Gestattung eines Vorrechts für einen Dritten zur Bedingung machen. Wird dieses bevorzugte Recht in das Hypothekenbuch auch später hinter dem beschränkten Rechte eingetragen, so kann dem Vorrechte kein Abbruch geschehen. Wollte man aber zur Vermeidung von Irrungen und zur besseren Uebersicht der dinglichen Verhältnisse einen Vermerk in der Hypothekentabelle haben, so möge man denselben nicht als Vorbehalt für den Eigenthümer, sondern als Schuld für einen Dritten machen, z. B. = 600 Thlr. nebst 5 p. Cent Zinsen und mit halbjähriger Kündigung sind für den vom Grund-

Digitized by Google

eigenthümer noch zu benennenden Gläubiger vor der folgenden Post von 1000 Thlr. eingetragen.

Hieraus wird auch zu entnehmen sein, daß der Grundeigenthümer eine auf seinem Grundstücke eingetragene und von ihm berichtigte Post nicht auf seinen Namen umschreiben lassen kann. Denn ist der Gläubiger vom Eigenthümer der Sache befriedigt, so scheidet jener aus dem Pfandverbande aus. Jetzt muß sich Letzterer mit dem Depositar, welcher über Rechtssicherheit für zwei und nicht für einen Interessenten zu wachen übernommen hatte, dahin verständigen, wie es mit der Pfandsache bleiben solle. Wird die Rückgabe der Sache beliebt (d. h. Löschung in Hypothekensachen), so ist die Consolidation des Eigenthums mit dem Pfande vor sich gegangen. Unterzieht sich aber der Depositar der früheren Verpflichtung noch weiter hin (wozu der Hypothekenrichter verpflichtet ist), so hat der Eigenthümer der Sache einen neuen Gläubiger in den Pfandverband eintreten zu lassen; das ist: Cession. Hätten der Gläubiger oder Grundbesitzer ein besonderes Interesse, in der Hypothekentabelle vermerkt zu haben, daß die Schuldsumme bezahlt sei, so könnte dieses nebst dem Umstande, daß der Eigenthümer der Sache noch keine andere Dispositionen über das Pfandstück getroffen hätte, in Colonne „Cessionen" vermerkt werden.

7. Kann derjenige Grundeigenthümer, welcher für eine Forderung zwei Grundstücke verpfändet hat, — nachdem der Gläubiger auf die ihm mit dem Einen Grundstücke bestellte Hypothek Verzicht geleistet — an die freigegebene Stelle eine andere Forderung eintreten lassen?

Die Antwort ist verneinend; denn beide Grundstücke sind im Verein für ein und dieselbe Post, also für ein Ganzes, verpfändet; ihre Rechte sind in einandergreifend, und es muß, da sie als in Mascopie stehend zu betrachten sind, bei beiden Grundstücken gleichzeitig das in dieser Hinsicht Erforderliche veranlaßt werden. Es entsteht durch die von dem Interessenten beabsichtigte Operation bei dem freiwerdenden Grundstücke eine bei dem Eigen-

Digitized by Google

thums-Materiale eintretende Lastvergrößerung, welche durch die dem Pfandrechte zugetheilt gewesene, jetzt entlassene Beihülfe erfolgt und in der Tabelle zu vermerken ist. Ein Verfahren derselben Art muß auch bei dem anderen Grundstücke, auf welchem ebenfalls die von dem freigegebenen Grundstücke erwartete Beihülfe schwindet, eintreten. Sowohl bei dem einen als bei dem anderen Grundstücke kann dieses Verfahren nicht eigenmächtig von dem Gläubiger und Schuldner veranlaßt werden, wenn ein postlocirter Gläubiger vorhanden ist; denn die Zulage, welche der Schuldner, als Grundbesitzer, von seinem Eigenthum zum Pfande hergeben muß, ist ein neues Intabulat, welches hinter dem postlocirten Gläubiger einzutragen ist, und dessen Betrag unter Interessenten festgestellt werden muß. Findet sich kein solcher Gläubiger, so wird das zu notirende neue Intabulat mit dem bestehenden dadurch amalgamirt, daß die jedem Grundstücke zugesagte Beihülfe abgeschrieben wird.

Hieraus wird sich auch ergeben, daß der §. 468 Tit. 20, in welchem es heißt:

„Der Gläubiger kann, wenn ihm mehrere Grundstücke verhaftet sind, wegen seiner ganzen Forderung an jedes Grundstück oder an jeden abgetrennten Theil desselben sich halten,“

nicht dahin zu deuten ist, daß er sich nach seinem Belieben an ein von ihm zu erwählendes Grundstück halten, und aus diesem seine ganze Forderung berichtigt verlangen kann. Es gibt dieser §. mit Hinsicht auf §. 467 nur zu erkennen, daß, wenn auch ein einziges Grundstück vorhanden ist, und die anderen nicht mehr da sein sollten, aus dem vorhandenen Grundstücke des Gläubigers ganze Forderung berichtigt werden solle. — Es ist daher, um andere Betheiligte gegen Willkürlichkeit des Gläubigers zu sichern, nicht nöthig, zu dem §. 20 l. c. seine Zuflucht zu nehmen, nach welchem der Berechtigte allemal diejenige Art der Rechtsausübung zu wählen hat, welche dem Eigenthümer am wenigsten lästig und nachtheilig ist. Auch braucht man sich nicht zu bemühen, aus der Lehre von der Collision der Rechte Th. 1. Einleitung

Digitized by Google

Einleitung §. 95 u. §. 96 Vertheidigungsgründe hervorzusuchen; denn es ist hier nicht von widerstreitenden, sondern von den in enger Verbindung stehenden Rechten die Rede, in welchen dem Gläubiger überlassenen Rechten zugleich dessen Verbindlichkeit legt, die Rechte im Verein zu gebrauchen. Würde man dieses nicht als richtig anerkennen, so müßte man dem Gläubiger auch das Recht zugestehen, das eine der verpfändeten Grundstücke ohne vorher eingeholte Genehmigung des Grundbesitzers, selbst bei dessen ausdrücklichem Widerspruche, der Pfandhaft entlassen zu können, woraus weiter folgt, daß der Gläubiger durch ein Urtheil die Löschung der Pfandhaft würde erzwingen können. Entsagen kann also der Gläubiger in Bezug auf ein Grundstück der Pfandhaft nicht; indessen würde er dem mit ihm einverstandenen Grundbesitzer die in der Hypothek liegende pfandpflichtige Beihülfe zu dessen ferneren Verfügung zurückgewähren (cedíren) können. Aber dadurch könnte auch für postlocirte Gläubiger keine nachtheilige Operation veranlaßt werden, da sie ein Recht haben, zu verlangen, daß der Grundbesitzer ihnen keine beliebige Lasterwergrößerung vor ihrem Ingrossat anordnen kann.

8. In wiefern kommt der §. 52 bei Miteigenthümern in Anwendung?

Beantwortung: — Es tritt dasselbe ein, was schon als Ergebniß aus der vom Gläubiger ausgestellten Quittung und der von demselben dem Depositar der beweglichen Pfandstücke zugefertigten Bescheinigung angedeutet ist. Hat der eine Miteigenthümer die Schuld berichtigt, so hat der Gläubiger durch die erwähnte Bescheinigungen dargethan, daß er aus dem Pfandverbande (Gläubiger, Schuldner und Depositar) ausgeschieden sei. Die ertheilte Quittung hat auch in diesem Falle die Kraft einer Cession, aber nicht für den Miteigenthümer, welcher die Schuld bezahlt hat, sondern für alle Miteigenthümer, indem sie nur sämmtlich unter Einreichung der vom Gläubiger ausgestellten Quittung Cessionen gesetzlich veranlassen können. Der Miteigenthümer, welcher die Schuld bezahlt hat, kann nur auf zwei We-

Digitized by Google

gen zur alleinigen Disposition über die Forderung gelangen, und zwar dadurch, daß er entweder von dem befriedigten Gläubiger, oder, auch mit Uebergehung desselben, von sämmtlichen übrigen Miteigenthümern Cession beibringt.

9. Ist der Eigenthümer des Pfandstücks, welcher die auf demselben haftende Forderung berichtigt, und weitere Cession veranlaßt, Cedent oder neuer Schuldner, und kann er event. den Einwand der nicht vollständig gezahlten Valuta machen?

Beantwortung: Nach der vorgetragenen Ansicht ist in den landrechtlichen Bestimmungen sein juristischer Character als Cessionar und als Cedent, besonders bezeichnet, daher nicht abzusehen ist, weshalb ihm nicht eine ebenso gültige Abtretungs-Befugniß zugestanden werden könne, als jedem anderen Cedenten. Mag immerhin sein, daß zuweilen unter der Form von Cessionen ein verschleiertes Wuchergeschäft zu finden sein dürfte, so ist dieses noch kein gesetzlicher Grund, ihm bei dem Vorhandensein eines unzweifelhaften Rechtsgeschäftes eine andere Stellung in den Pfandverhältnissen aufdringen zu wollen, als die er zu fordern berechtigt ist, ohnedies, da der §. 52 keine anamole Vorschrift ist, wie man dieses verbreitet hat. — Auch würde es, wenn die Cession außergerichtlich durch mehrere Hände gegangen, nicht angänglich gemacht werden können, bei dem Dokumente, welches als cessio claudicans betrachtet werden solle, die hypothekarische Makel für die Besitznachfolger kennbar erscheinen zu lassen.

10. Findet eine Disposition über die in nothwendiger Subhastation ausgefallenen Hypotheken-Kapitalien, — oder über die zur baaren Perzeption kommenden Hypotheken statt, wenn der bezahlte Gläubiger diese dem Adjudicatar cedirt?

Beantwortung: In der Lizitations-Verhandlung ist die Grundlage zur Regulirung der Rechtsangelegenheit, bindend für Richter und Interessenten, — und in den Bedingungen ist die Verpflichtung des Käufers enthalten. Soll also ein bestimmtes Kaufgeld gezahlt werden, so zahlt der Käufer dasselbe an das den Verkauf dirigirende Gericht, oder ganz oder theilweise unmittel-

Digitized by Google

bar an die Gläubiger, von welchen er Quittung nebst Pfandstück (Schuldbocumente) ausgeliefert erhält, über welche ihm, wie jedem anderen Cessionar, die weitere Verfügung zu treffen, überlassen bleibt. Zahlt er das Kaufgeld zum Depositorium, so geschieht die Verhandlung an die Gläubiger (Namens des Schuldners) durch den Richter. Derselbe ist berufen, das Gläubigerverhältniß durch ein einfaches Verkaufsgeschäft zu reguliren, indessen nicht berechtigt, auf andere ungehörige Rechtsgeschäfte (Cessionen) sich einzulassen, zu denen ein Mandatar Specialvollmacht, und er selbst besondere Autorisation haben müßte, die er gesetzlich zu haben nicht nachweisen kann. Die dem Richter überlieferten und nicht überlieferten symbolischen Pfandstücke (Hypothekendokumente), wenn letztere ausgefallen sind, müssen sich der Löschung unterwerfen, da gesetzlich die Vernichtung ihres hypothekarischen Daseins decretirt ist. Es kann also auch nicht der Lizitant im Termin die Bedingung stellen, daß die zur Perzeption kommende und eingereichte Obligationen, für welche von dem Richter Namens des Grundbesitzers Valuta gezahlt wird, dem Käufer zur Disposition ausgehändigt werden sollen, indem es dem Richter ausdrücklich verboten ist, solche Dispositionen anderen Personen zu gestatten.

11. Findet der §. 52 auch bei noch nicht eingerichtetem Hypothekenbuche Anwendung?

Beantwortung: Nach den von dem Hypothekenrichter in den Grundacten veranlaßten Ermittelungen schließt derselbe sie mit einer Uebersicht der noch gültigen Rechte, und diese Uebersicht kann Tabelle werden. Das Ende der Grundacten ist also Anfang des Hypothekenbuchs (Folkums). Die Hypotheken-Tabelle ist mithin ein skizzirter Abriß aus den Grundacten, und der Auszug (Hypothekenschein) ein Attest aus der Tabelle. Durch die Hypothekenordnung war bekannt gemacht, daß die dinglichen Rechte in Bezug auf alle Grundstücke von der Hypothekenbehörde überwacht würden, und durch das Gesetz wurde bestimmt, daß nur derjenige mit mehr Sicherheit von dem Dasein eines solchen Rechts sich vergewissern könnte, dem der Richter ein Attest dar-

Digitized by Google

über ertheilen könne, daß das angemeldete Recht beprüft und als ein bestehendes dingliches Recht befunden wäre. — Die rechtliche Natur der zur Deposition bei einem Dritten gekommenen Faustpfänder ist gleich der der Grundstückspfänder, und es muß bei beiden das Formelle dem Wesentlichen weichen, dieses also den Vorzug vor jenem so lange haben, bis sich eine diesem widersprechende gesetzliche Bestimmung vorfindet. Es muß also ursprünglich gleich sein, ob in festen Bänden die einzelnen Grundacten mit den Hypothekentabellen zusammen, — oder die Tabellen ohne die Grundacten eingeklebet sien, — oder wie des Depositars Notizbuch, Taschenbuch, Hypotheken-Pfandbuch formirt ist, — oder ob mehrere Bücher in Betreff dieses Pfandwesens eingerichtet sind. —

Will man sich auf Spaltungen des Rechts einlassen, so kann man die hypothekarischen Berechtigungen in Bezug auf Eintragung nicht in zwei, sondern in drei Klassen theilen, als:

a) nachgewiesenes Grundrecht, — z. B. wenn das eintragungsfähige Dokument zu den Grundacten kommt, die Eintragung aber nicht augenblicklich erfolgen kann,

b) attestirtes Grundrecht — wenn die Hypothekenbücher noch nicht eingerichtet, oder verbrannt sind,

c) intabulirtes Grundrecht — wenn das Recht in dem Hypothekenbuche notirt ist.

Man wird sich indessen zu der Annahme verstehen müssen, daß man sich zu bemühen habe, mehr für Einheits-Begründung des Rechts zu sorgen, als seine Spaltungen zu begünstigen. Bei dem gegenwärtigen Bestehen des Hypothekenwesens wird der Gläubiger, welcher bei gehörig regulirten Hypothekenbüchern ein Document zur Eintragung übereicht, nicht selben dem Tabellenbuche den Tod wünschen, indem er für den Fall, wenn es nicht da ist, ein mit dem Recognitions-Atteste versehenes Dokument erhält, und bei eintretendem Concurse sein Geld aus der Immobilienmasse fordern kann. Ist das Tabellenbuch aber vorhanden, und es hat der Richter nicht möglich machen können, schleunig die

Digitized by Google

Eintragung in die Tabelle zu bewirken, so hat der Gläubiger, wenn in der Zwischenzeit über das Vermögen des Grundbesitzers Concurs entstanden ist, keinen Anspruch auf die Immobiliarmasse und läuft Gefahr, vielleicht seine ganze Forderung zu verlieren. Das Wesen des Pfandrechts beruhet also nicht auf jener Formkleidung, sondern auf dem aus Fixirung des Grundbegriffs hervorgegangenem Resultate, und verlangt, daß

a) das Pfand in die von einem gesetzlich zulässigen Depositar übernommene Sicherheitspflege gekommen,

b) das Materiale der Sache auch zum Pfande geeignet sei.

Daß die dreitheilige Pfandnatur sich der Auflösung nähern und in Ein Wesen verschmelzen muß, ergibt sich schon daraus, daß demjenigen, welcher eine Bescheinigung über den hypothekarischen Zustand des Grundstücks haben will, eine solche nicht aus dem besser geformten Tabellenbuche gegeben werden kann, sondern das weniger gewürdigte Grundbuch zur Hälfte gewonnen werden muß. Das Grundbuch liefert das Grundblichste; ist also, genau betrachtet, mehr, als das Hypothekenbuch. Der Gesetzgeber kann freilich bestimmen, daß das Dasein eines Rechts von der Eintragung desselben in ein Buch abhängig sein solle, eben so, wie er bei Testamenten, welche in besondern Gewahrsam des Gerichts genommen werden, hätte festsetzen können, daß sie nicht eher gültig sein sollen, als bis sie in den Depositalkasten verschlossen wären, allein er mußte auch bald bemerken, daß in seinem Verkehr mit den Einsassen das Hervorrufen eines pfeilschnellen Verfahrens sich mit den Erscheinungen im Leben nicht immer würde verträglich machen lassen, und es müßte sich das an das Unmögliche Grenzende in dem Gebiete der Möglichkeit mehr zurückziehen. Daraus ging auch die gewünschte Verordnung vom 16. Juni 1820 hervor. Ihr Grund und Zweck wird aus dem Vorstehenden ersichtlich.

Hiernach verlangt die rechtliche Natur der Hypothek nicht, daß der Richter das eingereichte Dokument gleich sorgfältig beprüft, gleich verfügt, gleich einträgt, — sondern nur, daß dasselbe

Digitized by Google

in Sicherheit für beide Interessenten genommen wird; um auf diese Art den Pfandverband (zwischen Gläubiger, Grundbesitzer und Richter) zu constituiren. — Die Dokumenten-Appretur mag später und schnell erfolgen. —

Um die gesetzlichen Bestimmungen mit dem Wesen des Pfandes zu vereinigen, fehlt es also auch höchst nöthig an einer neuen Bestimmung, um die Interessenten, welche eintragungsfähige Dokumente Behufs Intabulation zu den Grundacten einreichen, nicht in Noth zu lassen, — indem aus den bestehenden Gesetzen ihr rechtlicher Anspruch darauf sich nicht als gewährt will herausfinden lassen. Verschiedene Gerichte wollen den Anhangs §. 52 bei noch nicht eingerichteten Hypothekenbüchern für einen solchen angesehen haben, auf welchen die erwähnte Verordnung nicht anwendbar sei. Das Königl. Obertribunal hat dafür in seiner Sentenz vom 14. November 1846 Folgendes angeführt:

Es sei in dem §. 52 die Löschung ein ganz bestimmtes und unzweideutiges Moment, an welchem sich beurtheilen ließe, ob der Eigenthümer eines Grundstücks seine Hypothek abgesondert fortdauern lassen wolle oder nicht. (Löschung resp. ihn Unterbleiben). Bei dem Recognitions-System gäbe es nichts dem Aehnliches. Müßte man zugeben, daß die ganz anomale Vorschrift des §. nur durch Consequenz der eigenthümlichen Einrichtung unseres Hypothekenwesens geboten sei, so falle dieser Grund bei dem Recognitionssystem hinweg, und es lasse sich nicht rechtfertigen, bloß deshalb, weil auch die Recognition dem damit versehenen Gläubiger die Geltendmachung eines hypothekarischen Rechts möglich macht, über die Bestimmung der für die Recognition gegebenen speciellen Gesetze hinauszugehen; denn wohlbedächtig wäre darin nur von Entstehung des Hypothekenrechts gehandelt, über dessen Beendigung jedoch nichts verfügt, und der allgemeine Grund der Aufhebung von Verbindlichkeiten durch deren Erfüllung auch für die Hypothek anerkannt, welche auf der Recognition beruht (§. 18 der Verordnung). Es sei daher die im §. 482 Th. I Tit. 16 des A. L. R. vorgeschriebene Wirkung

Digitized by Google

der Confusion nicht ausgeschlossen. Es seien in der That zwei verschiedene Arten von Hypothekenrechten vorhanden, so lange das Hypothekenbuch noch nicht vollständig eingerichtet sei. — Dieser Ansicht wird man jedoch nicht beitreten können, aus folgenden Gründen:

a) Der Grund der Verordnung vom 16. Juni 1820 ist schon am Eingange dieser Frage angegeben, und ist diese gesetzliche Bestimmung, man möge die Darstellung darin Recognitionssystem, oder anders benennen, eine deutliche Vorschrift darüber, welche Rechte dereinst bei Errichtung des Hypothekenbuchs auf Intabulation Ansprüche haben sollen. Der Gesetzgeber konnte sich daher auch keine andere Aufgabe stellen, als allgemeine Bestimmungen zu machen, und es ist daher nicht zu verlangen, daß daselbst von speciellen Hypothekenrechten die Rede sein solle. Man findet demzufolge auch keine Pfandrechte, Cessionen, Cautionen und Arreste berührt, sondern es ist darin von allen Hypothekenrechten ohne Unterschied gesprochen, und sind keine Ausnahmen angedeutet. Es ist auch nicht abzusehen, was den Gesetzgeber hätte bestimmen können, auch wenn er den §. 52 mit der gespanntesten Aufmerksamkeit hätte beachten wollen, eine Vorschrift dahin zu geben, daß der darin bezeichnete Berechtigte der einzige sein solle, welcher nicht berechtigt sein könne, in die neu angelegte Tabelle aufgenommen zu werden.

b) Die Grundakten, in welchen der Hypothekenrichter thätig sein solle, bilden kein solches Gebiet, auf welchem es möglich wäre, etwas von Löschungen und dem Aehnlichen aufzufinden. Der Richter hat nur die Verpflichtung, über Leben und Tod der Hypothekenrechte Erkundigung einzuziehen, und zu ermitteln, welche noch gültig sind, und zwar ohne, oder auch mit Beschränkung. Den Befund hat er zu attestiren und die Eintragung in die Hypothekentabelle zu fördern. Zur Ermittelung, ob ein Cessionar etwa schon sein Recht wolle löschen lassen, ist er nicht berufen. Nur im Hypothekenbuche hat die noch gültige und daher einzutragende Post erst die Löschung abzuwarten. — Von ungültigen,

Digitized by Google

abgestorbenen Rechten braucht das Publikum keine Kenntniß zu haben. Auf die im §. enthaltene Bestimmung, nach welcher Eigenthümer bis zur erfolgten Löschung sein Recht abtreten könne, ist daher kein besonderes Gewicht zu legen; sie, sowie der § selbst, hätten ganz wegbleiben können. Da diese Bestimmung indessen zur Vorbeugung von Zweifeln gemacht wurde, so wird sie sich auch einer ganz ungekünstelten Deutung unterwerfen müssen, also dahin, daß des Eigenthümers erlangte Recht eines Cessionars, wie das eines jeden anderen, so lange gültig sein solle, bis die Löschung erfolge. Vielleicht hat aber auch der Gesetzgeber dem Grundbesitzer noch besonders damit sagen wollen, daß er — sich auf den Umstand stützend, — uneingeschränkter Eigenthümer eines Grundstücks und zugleich uneingeschränkter Gebieter über das in Händen habende und seinen Grund betreffende Dokument sei, sich nicht etwa für berechtigt erachten sollte, willkürlich hypothekarische Disposition in seinem Hypothekenbuche noch nach erfolgter Löschungsnote vermerkt zu haben. Es sei indessen, wie ihm wolle, so läßt sich das Gewichtvolle hinsichts der angedeuteten Löschung nicht herausfinden.

c) Der §. 52 war etwa 18 Jahre früher als die Verordnung vom 16. Juni 1820 bekannt gemacht, gab zu vielen Streitfragen Veranlassung, und machte sich bemerkbarer, als jeder andere §. in dem Hypothekenrechte. In denselben ist ausdrücklich gesagt, daß der Grundeigenthümer das eingelösete Hypothekenrecht weiter cediren könne. Aber auch etwa 4 Jahre nach der Verordnung wurde der Berechtigte noch ganz besonders charakterisirt, um jeder Bedenklichkeit vorzubeugen, und wurde bestimmt, daß er alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek genießen sollte, wenn er auch nur Quittung statt Cession erhalten hätte. Würde der Gesetzgeber sich in der Verordnung auf Specialitäten von Hypothekenrechten haben einlassen können, oder einlassen wollen, so würde dieser so sehr renommirte §. seiner Beachtung nicht haben entgehen können.

d) Im §. 411 Th. I. Tit. 20 ist ausdrücklich gesagt, daß

Digitized by Google

nur durch wirkliche Eintragung in die öffentlichen Grundbücher das Hypothekenrecht selbst erworben werden könne; dagegen ist in der Verordnung §. 9 ebenfalls ausdrücklich festgesetzt, daß dieser §. 411 und alle andere landrechtliche Bestimmungen, welche mit der erwähnten Verordnung im Widerspruch ständen, sich zur Zeit gegen diese nicht erheben sollen.

e) Die vermeinte gesetzliche Verweigerung des Hypothekenrechts in Betreff des sich aus dem §. 52 herschreibenden Rechts würde sich auch nicht immer in Ausführung bringen lassen. Denn wenn das Dokument über eine Darlehnsschuld zu den Grundacten eingereicht wird, von den Interessenten aber die schon ausgefertigte notarielle Cessionsurkunde noch zurückbehalten ist, so kann von dem in der Obligation benannten Gläubiger die Valuta im Concurse aus der Immobiliarmasse in Empfang genommen und an den berechtigten Besitzer der Cessions-Urkunde, (welche vielleicht schon durch mehrere Hände gegangen ist) gezahlt werden. Diese cessio claudicans kommt also in solche Lage, wie sie schon bei der Frage 3 bei c — und bei der Frage 9 dargestellt ist.

Auf Personalitäten kommt es bei der Dinglichkeit nicht an, und ist in solchen Angelegenheiten die Cessions-Urkunde nur ein metamorphosirtes Primordial-Dokument; die Personalität des Cedenten ist in der Persönlichkeit des Cessionars aufgegangen (confundirt); statt zwei Personen nur Eine, statt zwei Dokumenten nur Eins.

f) Ob das preußische Hypothekenwesen eine solche Eigenthümlichkeit haben sollte, daß wirklich zwei verschiedene Arten von Hypothekenrechten, nämlich a. ein recognoscirtes, b. ein intabulirtes Grundrecht vorhanden wären, ist schon am Eingange der Frage beprüft.

g) Der §. 52 ist keine anomale Bestimmung, sondern, wie nachgewiesen, eine sich der Lehre von dem Pfandrechte und der Confusion eng anschließende Vorschrift. In den §§. 476, 482 Tit. 16 ist ihre Quelle zu finden und hat man nur nöthig, Recht und Sache strenge zu sondern, und zu berücksichtigen, daß der-

Digitized by Google

jenige, welchem Eigenthumsrecht zusteht, oft noch kein Eigenthum (Sache) hat, — und derjenige, welchem Pfandstücks-Recht zugetheilt ist, oft das Pfand (Sache) noch nicht besitzt. Wäre der §. 52 aber auch ohne allen Zusammenhang unter die übrigen gesetzlichen Bestimmungen hingestellt, und als ganz verwaiset anzusehen, so könnte man doch nicht berechtigt sein, ihn von der Theilnahme an den in allgemeinen Verordnungen bezeichneten Rechten auszuschließen.

Nach diesem Vortrage dürfte es wohl unnütz erscheinen, noch Bemerkungen über andere in Bezug auf den §. 52 aufgestellte Fragen hier beizufügen. —

Digitized by Google

LXXXVII.

1. System des deutschen Privat-Rechts von Carl Friedrich Gerber. Vierte verbesserte Auflage. Jena, Druck und Verlag von Friedrich Mauke. 1853. 8. S. XXXVI. 634. Preis: 3 Thlr. 18 Sgr.

2. **Deutsches Privatrecht von Dr. Bluntschli, ord. Professor der k. b. Ludwig-Maximilians-Universität. Erster Band. Preis: 2 Thaler. München, literarisch-artistische Anstalt 1853. 8. S. XXVIII. 520. Zweiter Band 1854. S. VIII. 487. Preis: 1 Thlr. 20 Sgr.**

Recension von **Commer.**

Es kann den Germanisten nur freuen, solchen Reichthum in seiner Wissenschaft zu sehen, wie er uns hier dargeboten wird. Gerber's Werk hat seit 1848 die vierte Auflage erlebt und übt großen Einfluß auf die Entscheidungen des Berliner Obertribunals. Bluntschli's Werk zeigt sich sofort als ein sehr umfassendes (über 1000 Seiten), es zieht ganz besonders auch die Geschichte der Institute in seinen Kreis, die übrigens aber auch Gerber nicht übergeht. Vergleicht man die älteren Compendien, selbst Eichhorns, mit den vorliegenden Werken, so zeigt sich erst recht, wie reich die Wissenschaft des deutschen Privatrechts geworden. Stoff und Form sind in beiden Werken gleich anziehend.

Digitized by Google

In den Ländern, welche deutsche Rechtsbücher haben, kennen wir so gut wie kein deutsches Privatrecht; freilich sehr natürlich, da der Kampf gegen das römische Recht, neben dem das deutsche, soviel davon erhalten, früher nur als usus modernus anerkannt ward, längst ausgetragen, das Lebensfähige beider Rechte in der Gesetzgebung aufgegangen, und nur noch historischen Werth hat. So haben wir denn auch eine solche in Preußen da, wo das Landrecht eingeführt ist, nicht, außer wo die 3 ersten Titel des II. Theils — die vorzüglich germanische Zustände berühren — suspendirt sind. Ob diese Entfremdung unsrer Gesetzgebung vom gemeinen deutschen und römischen Rechtsstamme für die Wissenschaft von Vortheil gewesen, ist oft, und wohl nicht mit Unrecht, bezweifelt worden, obgleich auf der anderen Seite nicht zu läugnen, daß ein erkennbares ureignes Recht des Staates ein großes Gut ist.

Daß wir hier, die Vortrefflichkeit beider Werke anerkennend, nicht ins Einzelne eingehen können, spricht von selbst. Daß sie in vielen Punkten auseinander gehen, ist gerade kein Unglück. So ist z. B., um nur Eins anzuführen, bei der alten Frage, ob ein Familien-Fideicommiß durch die Uebereinstimmung der lebenden Interessenten, nach Anhörung eines Curators der ungebornen Nachfolger, aufgehoben werden könne, Gerber (§. 84.) für die verneinende, Bluntschli (§. 68.) für die bejahende Meinung.

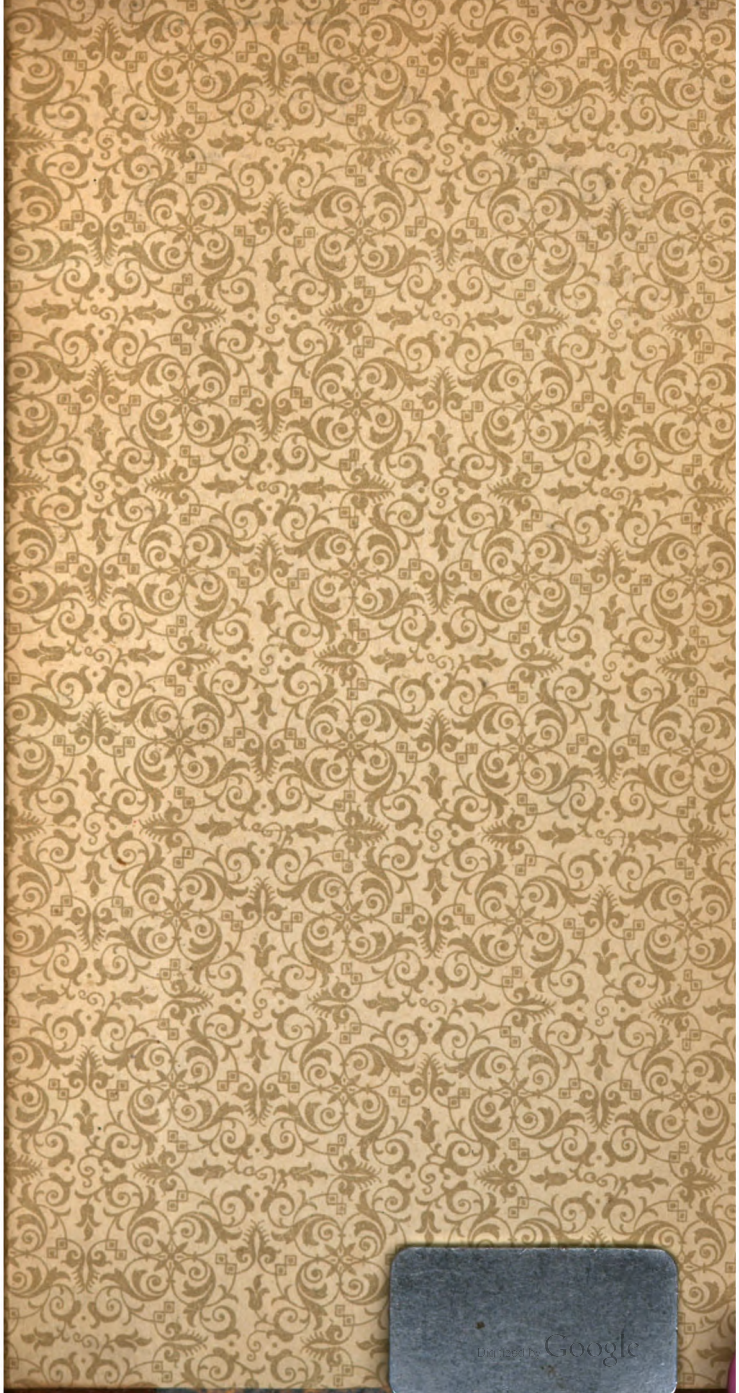
Durch beide Werke hat die Wissenschaft gewonnen, keinen Freund von Theorie und Praxis werden sie unbefriedigt lassen.

Druck der Curth'schen Buchdruckerei in Arnsberg.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google